أصول التشريع الإسلامي

أثر

الأدلة المختلف فيها

(مصادر التشريع التبعية)

في الفقه الإسلامي

رسالة في أصول الفقه نالت شهادة الدكتوراه بمرتبة
الشرف الأولى من جامعة الأزهر في القاهرة

الدكتور
مصطفى ديب البغا
مدرس في كلية الشريعة في جامعة دمشق

نشر وتوزيع
دار الإمام البخاري
دمشق - حلبوني

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله الذي أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره الكافرون ، ونزل عليه القرآن شريعة محكمة ، ليخرج الناس من الظلمات إلى النور بإذن ربهم إلى صراط العزيز الحميد .

والصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبد الله ، الذي امتن الله به على الناس ، إذ بعث فيهم رسولاً من أنفسهم ، يتلو عليهم آياته ويزكيهم ، ويعلمهم الكتاب والحكمة، وإن كانوا من قبل لفي ضلال مبين . فصلوات الله وسلامه عليه ، وعلى آله المطهرين ، وأصحابه السابقين الأولين ، من المهاجرين والأنصار والذين اتبعوهم بإحسان من الأئمة المجتهدين ، والعلماء العاملين ، ومن اهتدى بهديهم إلى يوم الدين .

أما بعد : فلقد كثر الفساد ، وعم الضلال ، وزاغت القلوب ، وتمكنت الأهواء ، فانحرف الناس عن دين الله تعالى عقيدة وشريعة ، وعبادة وأخلاقاً ، ومعاملة وتحكيماً ، وسياسة وتنظيماً ، وغاب شرع الله جل وعلا عن دنيا الناس ، ولم يبق منه إلا بقية باقية من صلوات تقام ، وأوراد تقرأ ، وأذكار تتلى ، وقرآن يتغنى به في المناسبات من أفراح وأتراح . وما لهذا جاءت شريعة الله ، التي أرادها سبحانه منهج حياة ، وسبيل سعادة ، وطريق فوز ونجاة .

ولقد كان لغياب شرع الله تعالى عن حياة الناس – في كل شأن من شؤونهم – أن ترسب في نفوس الكثيرين منهم – ممن ينتسبون إلى الإسلام أولا ينتسبون ، وممن

هم مؤمنون به أو غير مؤمنين ـ أن الإسلام دين طقوس وعبادات صورية فحسب ـ كغيره مما يعرفون من ديانات ـ ليس له علاقة بشؤون الحياة والتشريع ، ولا صلة له بالتنظيم والتقنين والتخطيط ، إنما مجاله المساجد ـ بمفهومها الضيق لدى هؤلاء ـ تفتح أوقات الصلوات فتؤدى ، وفي المناسبات ، تقام الاحتفالات والحضرات والابتهالات ، وانتهى كـل شيء .

وقام فريق من الناس ـ عن جهل منهم أو سوء قصد ـ يؤكدون هـذا المعنى بمختلف ما يملكون من وسائل وأساليب ، ليرضى المسلمون ويستسلموا لكل ما يشرع لهم أو يقنن ، مهما كان المرجع وأنى كان المصدر ، فيسلم للطاغوت سلطانه ، ويعلـو في الأرض شانه .

ولما كانت هذه الدعوى بادية العوار ، تتحطم على صخرة الحقيقة بأقل نظر في شريعة الله تعالى ، التي هي من الشمول والإحاطة بحيث لاتخفى على من كان له أقل نصيب من فكر ، أو أثاره من عقل ـ وهذا القليل من النظر قد يحصل ولو عرضا فيما يتلى أو يسمع ـ قام فريق آخر يلبسون لباس الإنصاف والعـدل ، ويدعون أنهم أنصـــار الموضوعية والحقيقة العلمية ، قـام هؤلاء يعلنون أن الإســلام فيه تشريع ونظـام ، وتقنين ومعاملات ، وإنما هذا التشريع أو ذاك التقنين ، كان يتناسب مع حقبة من الزمن ، عفا عليها التاريخ ومضت مع الأجيال ، وأما في القرن العشرين ـ وقد تطـور الزمن ، وتوسعت مجالات الحياة ، وتعددت وجوه التقنين وتعقدت ـ فلم يبق للتشريع الإسلامي مجال ، فقد أدى دوره واستنفد أغراضه . وأخذ هؤلاء أيضاً ـ عن جهـل منهم أو سوء قصد ـ يبثون دعواهم هـذه في أوساط المسلمـين بمختلـف الألوان والأشكال : يدعون المصلحة تارة ، واللحوق بالركب أخرى ، يستغلون ذوي القلوب المريضة ، وأصحاب المطامع ـ من عشاق حطام الدنيا ـ ليطفئوا نور الله بأفواههم ويأبى الله إلا ان يتم نوره ولو كره الكافرون .

وفريق آخر تنبه ـ أو نُبّه ـ إلى ان المسلمين لن يخدعهم كل ما سبق ، ولن يخضعوا او يخنعوا ، إذ إن جذوة الإيمـان في نفوسهم لم تنطفىء ، وشعلـة اليقين

بشرع ربهم وخلوده لم تخمد ولن يداخلها شك ، وشعر هؤلاء ان الفصام ما زال قائماً بين المسلمين وبين من يدعي ـ ظاهراً أو باطناً ـ أن شرع الله تعالى قد أدى دوره وانتهى، ولذلك قاموا يعلنون ـ ليحصلوا على رضى المسلمين ويسكتوا صرختهم ـ أن الشرع الإسلامي قائم وصالح ، وانه معتَمَد في أصوله وفروعه ، ولكن تطور الزمن ، وتوسع المجالات ، وتعقد الحياة تفرض علينا أن نضيف إليه مصادر أخرى للتشريع ، ونقتبس من تقنينات وتشريعات وضعية من هنا أو هناك ، لنسير مع الركب ، ونتلاءم مع الحياة والزمن ، فالتشريع الإسلامي ـ حسب دعواهم ـ له حدوده وآفاقه ، وهي محصورة وضيقة ، فنحن لا غنى لنا عنه ، ولكن المصلحة تقتضي ، وشرع الله يفرض : أن لانضيق على الناس ، ولا نوقعهم في الحرج في تصرفاتهم ، لاسيما وأن شرعنا متطور مرن ، يتلاءم مع كل زمان ومكان ، والقاعدة فيه مشهورة : تتغير الأحكام بتغير الأزمان. وهكذا فالدين ـ حسب ادعائهم ـ يفرض علينا أن نأخذ بركب الحضارة ونسابق الأمم ، وثم وثم ... من مثل هذه الصور البراقة ، والدعاوى المضللة ، والزخارف الهادفة ، ثم يعمدون إلى التقنين والتشريع ، فلا يعرجون على شيء من شرع الله عز وجل ، إلا ما كان من هذا الرنين والطنين ، الذي لم يقصد به إلا التسكين والتخدير ، ليهدأ الجو ، ويتسنى تنفيذ ما يراد وما يدبر .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى : تجد الكثيرين من المسلمين ، يتساءلون عن أسباب الاختلاف بين الفقهاء والمذاهب ، وربما يذهب الظن ببعضهم ـ أحياناً ـ أن هذا الاختلاف اختلاف في أصل الدين والتشريع ، فهو كاختلاف أصحاب الديانات الأخرى التي نالها التغيير والتحريف والتبديل ، وربما يذهب الظن ببعض آخر انه اختلاف ناشيء عن الهوى والتعصب وحب الظهور، والحصول على المراتب والمناصب، لتحقيق الغايات والمآرب ، ويستغل هذا التساؤل وهذا الظن أو ذاك ، أصحاب الأغراض والمقاصد ، الذين يتربصون بهذه الشريعة واهلها الدوائر ، فينشطون إلى تشويه حقائقها والطعن في حامليها ، ليشفوا غليلهم ، وينفسوا عن حقدهم الذي امتلأت به قلوبهم على هذه الشريعة واهلها .

لكل ما سبق ، اخترت التخصص في قسم أصول الفقه عامة ، والكتابة في هـذا الموضوع خاصة . وذلك أن دراسة علم الأصول والبحث فيه والكتابة تقـرر ـ أولا وبالذات ـ أن هذه الشريعة إنما جاءت لتنظيم افعال المكلفين في شتى مرافق حياتهم ، ولربطهم في كل شأن من شؤونهم بخالقهم ومعبودهم ، الذي له العبوديـة ،ولـه الحاكمية في كل شيء . إذ إن ـ في دراسة الأصول ـ بيان أن هذه الشريعة لها اسسها ولها قواعدها في التشريع والتقنين، ولها طرقها ومناهجها في استخراج هذا التشريع وهذا التقنين ، وشريعة تقتصر على طقوس وعبادات ليس لها كبير حاجة إلى كل هذا .

ودراسة الأصول ـ بمباحثه ومواضيعه ـ إنما هي بيان لمصادر التشريع المتفق عليها والمختلف فيها ، وفي هذا جلاء ساطع ، ودليل قاطع لما امتازت به هذه الشريعة من عموم وشمول ، وعناية بشؤون الحياة بحيث تكون مطية للنجاة، مع قيامها على أحسن حـال من أحوال العمران ، وانها شريعة أبدية خالدة لاتفنى عجائبها ، ولاتخلق على مر الدهور وتعاقب الأجيال ، وأنها ذاتية جوهرية ، مستغنية عما سواها ، لا يعوزها ـ بما امتازت به من شمول ومرونة ـ أن تمد الحياة ـ بمختلف أطوارها ، وتعـدد جوانبها ـ بالأحكام الشرعية لكل حادثة تحدث ، أو واقعة تقع إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها . وحسبنا دليلا على هذا أن تقنينات العالم تعتمد أصول الفقه الإسلامي ـ بقواعده وضوابطه ـ من جملة ما تعتمده في تشريعاتها من أصول وضوابط .

وفي دراسة أصول الفقه ـ وما فيه من قواعد وضوابط ـ بيان ان هذه الشريعة صالحة لكل زمان ومكان ، مع المحافظة على ذاتيتها ، وبقاء جوهرها نقيا صافيا ، لا تناله أيدي العبث بالتغيير والتبديل ، أو التحريف والتأويل ، ثم التلاشي والضياع .

وفي دراسة أصول الفقه ، بيان وجلاء لحقيقة اختلاف الأئمة والفقهاء وانه اختلاف اجتهاد واستنباط ، واحتجاج واستدلال ، وبالتالي اختلاف في المنهـج والمسلك ، لا اختلاف في الأصل والمنبع . وأنه اختلاف بقصد إحقاق الحق ، لا بدافع الشهوة والهوى ، بل إنه من مزايا هذه الشريعة ، التي امتـازت بالمرونـة ورفـع الضيق

والحرج ، واحترمت العقل وأطلقت الفكر ، ومنعت التقليد الأعمى ، وحذرت من الموافقة ـ مع عدم الاقتناع ـ فيما كان مجال راي واجتهاد . وبهذا كان اختلاف الفقهاء في مسالك الاجتهاد والاستنباط مزية من مزاياها ، وليس وصمة عيب أو نقص يؤخذ عليها .

واما اختياري لهذا الموضوع خاصة : فلأنه وجه من وجوه علم أصول الفقه ، وجانب من جوانبه ، ولأن فيه ـ على الخصوص ـ جلاءً لكثير من النقاط التي اشرت إليها . والناحية الأهم فيه : إبراز الغاية المتوخاة من دراسة الأصول بشكل عملي ، حيث إن الغاية من علم الأصول تعرف الأسس التي بنيت عليها الأحكام الشرعية ، وبالتالي معرفة ارتباط هذه الأحكام الفرعية بأسسها واصولها ، وفي دراسة الأدلة وبيان اثرها تتجلى لنا الأسس التي بنيت عليها الفروع ، وبالتالي كيف انبنت عليها وارتبطت بها ، ويبرز بشكل عملي ـ أيضاً ـ ما للاختلاف في القواعد والأسس من اثر في الفروع والمسائل الجزئية ، وينكشف لنا سر اختلاف المذاهب الفقهية في كثير من الأحكام .

والذي أكد اختياري لهذا الموضوع ، وجعلني أجزم بانتقائه ، هو اطلاعي ـ وأنا اتقدم لاختبار الماجستير ـ على الرسالة التي أعدها الدكتور مصطفى سعيد الخن ، وموضوعها [اثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء] والتي نال بها درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية تحت إشراف الأستاذ الأكبر الشيخ مصطفى عبد الخالق ، وكان فيها : بيان ما كان للاختلاف في القواعد الأصولية ـ المتعلقة بالكتاب والسنة والإجماع والقياس على الخصوص ـ من اثر في اختلاف الفقهاء ، وكان نصيب البحث في الأدلة المختلف فيها وما كان لها من أثر يسيراً ، حيث لم يتعرض إلا لبحث الاستصلاح ، والاستصحاب ، ومذهب الصحابي ، وبعض ما انبني عليها من فروع ، فرايت ان اتمم هذا العمل ، واستوعب بالبحث ـ ما أمكن ـ الأدلة المختلف فيها وما كان لها من اثر ، فقمت ـ بإرشاد وتوجيه من فضيلة الأستاذ الأكبر والشيخ الأجل

الأستاذ مصطفى عبد الخالق، الذي تكرم وتفضل أن يكون هو المشرف على هذه الرسالة في البداية ـ باختيار هذا الموضوع ، وكان هذا الأمر بتوفيق الله تعالى ومنّه .

وكان منهجي في البحث ـ بشكل عام ـ أن أعرض الدليل : فأذكر تعريفه ، وأحرر محل النزاع فيه ، ثم أذكر مذاهب العلماء في حجيته ، ودليل كل من القائل به والمخالف ، وإن أسعفني التوفيق رجحت ما ألهمني الله عزوجل أنه أقرب إلى الصواب، ثم أذكر عدداً من المسائل الفرعية ـ على سبيل المثال لا الحصر ـ التي انبنت على الخلاف .

وطريقتي في عرض المسائل : أن أذكر صورة المسألة ، ثم أذكر أقوال الأئمة فيها ودليل كل منهم ، فأبدأ بذكر المذاهب مقدماً ـ على الغالب ـ قول المذهب الذي يعمل بالدليل الذي انبنت عليه المسائل التيأعرضها ، ثم آتي بالأدلة مُصَدّراً ـ أيضاً ـ الاحتجاج بالدليل الذي هو موضوع البحث في الباب . هذا هو الغالب،وربماذكرت ـ أحياناً ـ كل قول مع دليله .

ومن طريقتي في البحث أن أذكر ما ذهب إليه الإمام من الأئمة ، ثم آتي بنص من كلامه أو كتب مذهبه على ذلك ، وكذلك أفعل أحياناً في الأدلة .

ولقد أخذت نفسي : أن لا أنقل قول إمام من الأئمة إلا من كلامه أو كتب مذهبه ، وكذلك لا آتي بدليل لقول إمام أو مذهب ، إلا إذا استدل به الإمام نفسه في كتبه ، أو استدلت به كتب المذهب ، وإذا لم أوفق للحصول على قول أو دليل في مسألة من المسائل لإمام من الأئمة أشرت إلى هذا ، وربما تركتها دون التعرض لرأيه أو دليله ، وهذا لم يحصل إلا نادراً . وربما أنقل ـ في هذه الحالة ـ رأيه أو دليله من كتاب مذهب آخر فأشير إلى هذا .

والجدير بالذكر أني قلما أتعرض لرأي أحد غير المذاهب الأربعة .

وأخيراً : لي الشرف أن أتوجه بالشكر العميم ، إلى أسرة عبد الخالق التي تفضلت بتتويج هذه الرسالة ، بشرف الإشراف عليها ، حيث تفضل بقبول الإشراف

في المبـدأ فضيلة الأستــاذ العالم العـلامة ، والشيــخ الأجــل الشيخ مصطفى عبد الخــالق ـ حفظه الله وأدامــه وأطـــال عمره ونفـع به المسلمين ـ ثم لأسباب خاصة بـه اعتذر عن الإشـراف عن جميــع الرسائل ، فتفضــل أخــوه وشقيقه الأبرالعلامة الفاضل والأستاذ المحقق الشيخ عبد الغني عبد الخالق ـ أمده اللهبالعون، وألبسه ثوب العافية،وجعله موئل الأمة وأدام نفعه ـ فقبل الإشراف على هذهالرسالة، محل أخيه وشقيقه الأكبر ، حفظهما الله تعالى ، وأجزل لهما الأجر والمثوبة . ولقــد تكرم علي فضيلة الأستاذ الشيخ عبد الغني عبد الخالق حفظه الله بما ألهمه الله تعالى إياه من الإرشاد والتوجيه والنصح ، مما أنار لي الطريق ، وأضاء لي السبيل ، حتى جاءت هذه الرسالة على ما هي عليه ، فما كان فيها من حسن فبتوفيق الله تعالى ثم بفضل نصحه وإرشاده ، فله عظيم الشكر والامتنان ، وما كان فيها من تقصير فلقلة بضاعتي وقصر باعي ، والله تعالى أسأل أن يلهمني الرشد والصواب ، وأن يأخــذ بيدي إلى ما فيه النفع والهدى والصلاح ، والحمد لله رب العالمين .

مصطفى ديب البغا

★ ★ ★

خطة البحث

الموضوع : اثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي .

أو : مصادر التشريع التبعية وأثرها في اختلاف الفقهاء .

مقـدمـة

تمهيد : تعريف موجـز بمصادر الأحكام الشرعية .

الباب الأول
الاستصلاح وأثره

الفصل الأول : الاستصلاح وفيه :

ـ المصالح : معناهـا ، أقسامها ، مجال اعتبارهـا .

ـ الاستصلاح : معناه ، موقف المذاهب منه ، دليله ، شروطـه .

الفصل الثاني : أثر الاستصلاح في اختلاف الفقهاء .

الباب الثاني
الاستحسان وأثره

الفصل الأول : الاستحسـان .

ـ تعريفه ، وتحرير محل النزاع فيه .

ـ مذاهب العلماء في حجيته ، وأدلتهم .

ـ أنواعه عند القائلين به .

الفصل الثاني : أثر الاستحسـان في المسـائل الفقهية .

الباب الثالث

الاستصحاب وأثره

الفصل الأول : الاستصحاب .

ـ تعريفه ، أنواعه وتحرير محل النزاع ، حجيته .

الفصل الثاني : أثر الاستصحاب .

الباب الرابع

العرف وأثره

الفصل الأول : العرف .

ـ تعريفه وتحرير معناه لدى الأصوليين .

ـ اقسامه .

ـ الاحتجاج بالعرف : أقوال المذاهب من كتب الأصول ، امثلة تطبيقية من كتب الفروع ، وجوه الاختلاف بين المذاهب في اعتباره ، شرائط اعتباره ، الدليل الشرعي على اعتباره .

الفصل الثاني : أثر العرف .

الباب الخامس

مذهب الصحابي وأثره

الفصل الأول : مذهب الصحابي .

ـ المراد بمذهب الصحابي وتحرير محل النزاع .

ـ مذاهب العلماء في حجيته وأدلتهم .

ـ حال الصحابي الذي يحتج بقوله .

الفصل الثاني : أثر القول بمذهب الصحابي .

الباب السادس
إجماع أهل المدينة وأثره

الفصل الأول: إجماع أهل المدينة .

ـ المراد بإجماع أهل المدينة وتحرير محل الخلاف .

ـ آراء العلماء في حجيته ، وأدلتهم .

الفصل الثاني : أثر القول بإجماع أهل المدينة .

الباب السابع
الاحتجاج بشرع من قبلنا وأثره

الفصل الأول : الاحتجاج بشرع من قبلنا .

ـ موقف الشريعة الإسلامية من الشرائع قبلها وتحرير محل النزاع .

ـ مذاهب العلماء في حجية هذا الدليل وأدلتهم .

الفصل الثاني : اثر الاحتجاج بشرع من قبلنا .

الباب الثامن
القول بسد الذرائع وأثره

الفصل الأول : سد الذرائع .

ـ الذرائع : معناها وأقسامها ، وبيان ما يسد منها .

ـ الاحتجاج بسد الذرائع ودليله .

الفصل الثاني : اثر القول بسد الذرائع في الفقه الإسلامي .

الباب التاسع
الأخـذ باقل ما قيل وأثـره

الفصل الأول : الاخذ باقل ما قيل .

ـ معنـــاه .

ـ رأي العلماء في حجيته ودليله .

ـ شروط العمل به .

الفصل الثاني : أثر الأخذ بالأقل .

الباب العاشر

الاستقراء وأثره

الفصل الأول :الاستقراء .

ـ معنـــاه .

ـ انواعه وبيان النوع مجال البحث .

ـ حجيته لدى العلماء وإفادته الحكم .

خاتمـة :

في بيان اثر المصادر التشريعية ـ من حيث تعددها وتنوعهـا ـ في الشريعـة الإسلامية ـ من حيث مرونتها واتساعها وصلاحيتها لكل زمان ومكان ـ مع الإبقاء على جوهرها وذاتيتها .

* * *

تمهيد

وفيه

تعريف موجز بمصادر الأحكام الشرعية

إن الله سبحانه وتعالى لم يخلق الإنسان عبثاً ، ولم يتركه سدى ، بل فضله على سائر خلقه بالتكليف ، وتوجه إليه بالأمر والنهي ، وطلب الفعل والترك ، وجعل لكل فعل من أفعاله ، أو تصرف من تصرفاته ، حكماً شرعياً ، يلزمه ــ وهو البالغ العاقل ــ أن يعمل بمقتضاه ، ويقف عند حدوده ومنتهاه ، ويجب عليه امتثاله ، سواء أكان هذا الحكم تكليفياً ــ حسب اصطلاح الأصوليين ــ كالإيجاب : بمعنى أن الشارع طلب الفعل من المكلف مع المنع من تركه ، والندب : بمعنى أن الفعل مطلوب مع عدم المنع من الترك ، والتحريم : لأن الطلب هو الكف عن الفعل مع المنع من فعله ، والكراهة : لأن الطلب هو الكف مع عدم المنع من الفعل ، والإباحة : لأن الشارع خير المكلف بين الفعل والترك . أم وضعياً ــ كما هو عند الكثيرين منهم ــ كجعل الشيء : سبباً في غيره ، أو شرطاً له ، أو مانعاً منه ، ليترتب على الفعل أثره ، وتتبعه غايته ، ويحكم عليه بالصحة أو الفساد .

وهذه الأحكام الشرعية ــ تكليفية كانت أم وضعية ــ هي عبارة عن خطابات الله تعالى القديمة النفسية ، القائمة بذاته العلية ، المتعلقة بأفعال المكلفين بالوجه الذي ذكر ، والمرتبطة بها على النحو الذي بيِّن .

ولما كانت هذه الأحكام الشرعية ، وتلك المخطابات النفسية ــ بعض أنواع صفة الكلام القديمة ، وكانت غائبة عن أنظارنا ، بعيدة عن مداركنا ، ولا يمكن لنا أن نعرفها ونهتدي إلى حقائقها مهما سمت عقولنا ــ كان لا بد لنا من أمارات معرفة وعلامات مبينة ، ودلائل مرشدة ، لنهتدي إلى معرفة أحكام الله تعالى ونسترشد إليها .

ولما كان الله سبحانه وتعالى يريد اليسر بعباده ولا يريد بهم العسر نصب الدلائل ، وأقام الأمارات ، وأشاد العلامات ، وأظهر الحجج الواضحة ، التي تهدي إلى أحكامه ومتعلق خطاباته ، وترشد إليها ، وتعرف الجاهل بها ، وتلزم

المنكر لها ، وتوجب العمل بمقتضاها على من وقف عليها ، ممن كان أهلاً للنظر فيها ، وقادراً على استنباط الأحكام منها .

وهذه الأمارات وتلك العلامات هي ما يعرف : بالأدلة الشرعية ، أو بتعبير آخر : مصادر الأحكام الشرعية .

وهذه الأدلة كثيرة ومتنوعة ، ومنها ما هو موضع اتفاق — لدى من يعتد به ويعتبر من الأئمة — ومنها ما هو موضع اختلاف .

أما ما كان منها موضع اتفاق فهو : الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، أما الكتاب والسنة : فهما موضع إجماع المسلمين على اختلاف نحلهم وتعدد مذاهبهم ، وأما الإجماع والقياس فهما — أيضاً — موضع اتفاق الأئمة المعتبرين وأصحاب المذاهب المشهورين ، وإن خالف فيهما — أو في أحدهما — بعض الناس من أهل النِّحَل .

وأما ما كان موضع اختلاف لدى الأئمة المعتبرين ، فهي كثيرة ومتعددة : كإجماع أهل المدينة ، وقول الصحابي ، والاستصحاب ، والاستصلاح ، والاستحسان ، وشرع من قبلنا ، والأخذ بالأقل ، والاستقراء ، والقول بسد الذرائع ، وغير ذلك .

هذا — وإنني — سأعرض في هذا التمهيد تعريفاً موجزاً لكل من الأدلة الأربعة المتفق على حجيتها ووجوب العمل بها ، وأترك البحث في الأدلة المختلف فيها لأبواب هذه الرسالة .

وإنني — في هذا التمهيد — سوف أكتفي بتعريف كل دليل من هذه الأدلة الأربعة ، والإشارة إلى أهم المسائل التي تعرض لها الأصوليون عند بحثهم فيها ، ولا أكلف نفسي الخوض في بحوث هذه الأدلة ، لأنها أجل من أن تبحث في تمهيد ، بل في رسائل مستقلة ، على أن الخوض في بحثها يخرج بنا بعيداً عما يراد من التمهيد للبحث موضوع هذه الرسالة .

وتجدر الإشارة — هنا — إلى أن الدلائل على حجية هذه المصادر الأربع

ـ من سمعية وعقلية ـ كثيرة ومتعددة ، وهي موضع اتفاق وقبول لدى من يعتد بهم من جمهور علماء هذه الأمة •

وكذلك تجدر الإشارة إلى أن مرجع هذه الأدلة ومصدرها الكتاب والسنة ، فهما أصل سائر الأدلة ، وعن طريقهما تثبت الحجية لكل منها •

قال الله تعالى : « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » / النحل : ٨٩ / • وقال : « ما فرطنا في الكتاب من شيء » / الأنعام : ٣٨/ • وقال : « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم » / النحل : ٤٤/ •

فالكتاب والسنة في مرتبة واحدة من حيث الاعتبار ، والاحتجاج بهما على الأحكام الشرعية : « من يطع الرسول فقد أطاع الله » / النساء ٨٠ / • فرسول الله ﷺ هو المبلغ عن ربه والناطق بوحيه : « وما ينطق عن الهوى • إن هو إلا وحي يوحى » / النجم : ٣ ـ ٤ / [1] •

وإليك التعريف بهذه الأدلة :

التعريف بالكتاب :

هو : القرآن المنزل على رسول الله ﷺ بلسان عربي مبين ـ نظماً ومعنى ـ والمنقول إلينا بين دفتي المصحف ، بالأحرف السبعة المشهورة ، عن النبي ﷺ ، نقلا متواتراً بلا شبهة •

وأهم البحوث التي تعرض لها الأصوليون ، والتي تتعلق بالقرآن خاصة ، هي :

البحث فيما نقل إلينا منه متواتراً ، وما نقل منه آحاداً : فتعرضوا للقراءات وبينوا المتواتر منها والمشهور والشاذ ، وبينوا حكم كل منها في الاحتجاج •

---

(١) انظر البحث القيم في « الأحكام الشرعية وأدلتها » الذي كتبه فضيلة المحقق الشيخ عبد الغني عبد الخالق ، في المقدمة التي كتبها عن البخاري وصحيحه : ص ٣ وما بعدها .

وبحثوا في التسمية ، وهل هي آية من كل سورة ، أو ليست بآية من كل منها ، مع اتفاقهم على أنها آية من سورة النمل •

وبحثوا في المحكم والمتشابه في القرآن الكريم ، كما تعرضوا لبيان : أنه لا يتصور اشتمال القرآن على ما لا معنى له في نفسه ، لكونه هذياناً ونقصاً يتعالى كلام الله تعالى عنه •

وتكلموا ــ في المبادىء اللغوية ــ عن اشتمال القرآن على ألفاظ مجازية وكلمات غير عربية ، وبينوا وجه الحقيقة في هذا •

كما تعرضوا للبحث في إعجاز القرآن الكريم ، ووجوه هذا الإعجاز فيه •

هذه بحوث عامة تتعلق بالقرآن الكريم، ربما تعرض لها الأصوليون كمقدمات، للوصول إلى البحث فيما تعرف به أحكام الشرع من هذا الأصل الأصيل من أدلة الأحكام •

وأما الأبحاث التي بمعرفتها تعرف أحكام الشرع : فهي الأبحاث التي تتعلق بنظم القرآن ومعناه ، وأهم هذه الأبحاث التي تعرض لها الأصوليون :

١ ــ معرفة أقسام النظم ودلالات المنظوم فبحثوا في :

ــ وجوه النظم صيغة ولغة ، وهي أربعة أنواع : الخاص ، والعام ، والمشترك ، والمؤول •

ــ وجوه استعمال ذلك النظم ، وجريانه في باب البيان ، وهو أربعة أنواع أيضاً : الظاهر ، والنص ، والمفسر ، والمحكم ، وحكم كل منها • ويقابلها : الخفي ، والمشكل ، والمجمل ، والمتشابه •

ــ وجوه البيان بذلك النظم ، وهي أربعة أنواع : الحقيقة ، والمجاز ، وحكم كل منهما ، وما تترك به الحقيقة • الصريح ، والكناية ، وحكم كل منهما •

٢ ــ بحثوا في دلالة غير المنظوم ، وهو : مادلالته لا بصريح صيغته ووضعه ، فبحثوا في الاستدلال بعبارة النص ، وإشارته ، ودلالة اقتضائه ، ودلالة التنبيه ، والإيماء ، والمفهوم •

٣ ــ وبحثوا في الأمر : حده ، ومقتضاه ، وصفة حكمه ، وأقسام المأمور به ، وكذلك النهي •

٤ ــ كما بحثوا في العام والخاص : معناهما ، وما يدل عليه كل منهما ، ومعرفة أحكام العموم وألفاظه، وفي التخصيص ومعناه، وأدلة التخصيص المتصلة والمنفصلة•

٥ ــ وبحثوا في المطلق والمقيد ، ومتى يعمل بكل منهما ، ومتى يحمل المطلق على المقيد •

٦ ــ كما بحثوا في حروف المعاني وحروف الجر •

٧ ــ وبحثوا في النسخ ، والناسخ والمنسوخ ، وجواز النسخ ، والفرق بين النسخ والتخصيص ، وغير ذلك من أبحاث •

هذه أهم البحوث التي تعرض لها الأصوليون عند الكلام عن الدليل الأول وهو الكتاب •

التعريف بالسنة :

السنة في اصطلاح الأصوليين تطلق على : ما صدر عن الرسول ﷺ من الأدلة الشرعية مما ليس بمتلو ولا معجز ولا داخل في المعجز ، ويدخل في ذلك أقوال النبي ﷺ وأفعاله وتقاريره •

وأهم الأبحاث الخاصة التي تتعلق بالسنة :

١ ــ من حيث السند :

بحثوا في كيفية الاتصال بنا من رسول ﷺ ، وما هو متصل ، وما هو منقطع •

ــ وبحثوا في الخبر وأقسامه : من حيث تعدد طرقه ، فبحثوا في المتواتر وحكمه ، ومعنى التواتر وشروطه ، كما بحثوا في المشهور وحكمه ، وخبر الواحد وحكمه ، وشرائط وجوب العمل به ، وما يرد به خبر الواحد •

ــ وكذلك بحثوا في الراوي الذي تقبل روايته : من حيث الدراية والفقه ، وفي كيفية روايته ، وما يشترط فيه من صفات : العقل والضبط ، والعدالة •

٢ ـ كما بحثوا في أفعاله ﷺ ، وبيان ما هو جِبِلّي لايقصد به التشريع ، وما هو خاص به فهو تشريع له وليس تشريعاً لنا ،وما هو بيان لنا ويقصد به التشريع.

٣ ـ كما بحثوا في تعارض أفعاله ﷺ : بحيث يكون بعض منها ناسخا للآخر ، أو مخصصا له ، وكذلك بحثوا في التعارض بين فعله وقوله ﷺ .

هذه أهم الأبحاث الخاصة بالسنة ، إلى جانب مقدمات تتعلق بالبحث في عصمة الأنبياء ، وفي معنى الاقتداء والتأسي وما إلى ذلك .

ومن المباحث المهمة التي تبحث في السنة : تلك المباحث التي يشترك فيها الكتاب والسنة ، مما يتعلق بالمتن لفظا ومعنى ودلالة ، والتي أشرنا إليها عند التعريف بالكتاب .

قال البزدوي ـ بعد ذكره مباحث الكتاب ، وعند بدئه الكلام عن الدليل الثاني وهو السنة ـ : اعلم أن سنة النبي ﷺ جامعة للأمر والنهي ، والخاص والعام ، وسائر الأقسام التي سبق ذكرها ، وكانت السنة فرعا للكتاب ـ في بيان تلك الأقسام بأحكامها ـ فلا نعيدها .

التعريف بالإجماع :

الإجماع في اصطلاح الأصوليين : هو اتفاق المجتهدين ، من أمة محمد ﷺ ، بعد وفاته ، في عصر من العصور ، على حكم شرعي .

وأهم البحوث التي تعرضوا لها في هذا الدليل :

١ ـ ركنه ، وهو الاتفاق ، وهل يشترط كلام الكل وهو العزيمة ، أو يكفي أن يتكلم البعض ويسكت الباقون وهو الرخصة ؟ خلاف .

٢ ـ بحثوا في إمكان انعقاده ، والاطلاع عليه ، وشروط انعقاده ، وهل يشترط فيه عدد معين ، وهل ينعقد بإجماع أهل بلد معين ، أو فئة معينة ، وبمن ينعقد ؟

٣ ـ من يعتد بمخالفته ومن لا يعتد ؟ وهل تعتبر مخالفة المجتهد المطلق إذا كان مبتدعا أو لا تعتبر ، وهل ينعقد مع مخالفة الأقل ؟.

٤ ـ حكم الإجماع ، وحكم منكر حجيته ، وحكم من أنكر الحكم الثابت بالإجماع •

إلى غير ذلك من البحوث ، التي تتعلق بهـذا الدليل الهام من أدلة التشريع الإسلامي • وقد ذكر الآمدي في الإحكام : سبعة وعشرين مبحثاً تتعلق بهذا الدليل على وجه الخصوص ، وما أشرت إليه مجمل أهم تلك الأبحاث •

ومن البحوث البارزة ـ التي يتعرض لها الأصوليون في هذا الباب ـ موضوع إجماع أهل المدينة ، الذي هو أحد أبواب هذه الرسالة ، ومواضيعها التي سنعرض لها بالتفصيل •

التعريف بالقياس :

عرف فخر الإسلام الرازي القياس بقوله : هو إثبات مثل حكم معلوم لمعلوم آخر لأجل اشتباههما في علة الحكم عند المثبت • [المحصول : ٢/٣١٥] •

وأما أهم بحوثه :

١ ـ فقد بحث الأصوليون في حكم القياس ، وشروطه ، وأركانه ،.كما بحثوا في شروط العلة ومسالك إثباتها ، وفي تعددها ، وأنواعها •

٢ ـ وبحثوا فيما يجوز فيه القياس ،وهل يجوز إثبات أصل العبادات بالقياس، وهل يجري القياس في المقدرات ، والحدود ، والكفارات ، أو لا ؟ إلى غير ذلك من بحوث [1] •

وبعــد :

فهذا تعريف موجز سريع ، بمصادر التشريع المتفق على كونها حجة من حيث الإجمال ، وإن كان الأئمة قد اختلفوا فيما يتعلق بها من أبحاث من حيث التفصيل ، وكان لاختلافهم أثر كبير في الاختلاف في الفروع الفقهية •

---

(١) لقد اعتمدت في هذا التعريف بهذه الأدلة ـ المصادر التالية : الإحكام للآمدي، شرح تنقيح الفصول للقرافي ، التوضيح لصدر الشريعة ، أصول البزدوي •

وهذه المصادر يطلق عليها البعض أنها : المصادر الأساسية في التشريع ، ويسمي ما عداها بالمصادر التبعية ، وإن كان الاصطلاح المتعارف عليه لدى الأصوليين والفقهاء هو لفظ الأدلة الشرعية، ثم منها ما هو متفق عليه ،ومنها ما هو مختلف فيه .

وأما الأدلة المختلف فيها ، أو المصادر التبعية : فهي التي سأتعرض لها بالبحث ـ بتوفيق الله تعالى ـ في أبواب هذه الرسالة ، وهي ـ حسب اطلاعي ـ عشرة أدلة :

١ ـ الاستصلاح ، ٢ ـ الاستحسان ، ٣ ـ الاستصحاب ، ٤ ـ العرف ، ٥ ـ مذهب الصحابي ، ٦ ـ إجماع أهل المدينة ، ٧ ـ شرع من قبلنا ، ٨ ـ سد الذرائع ، ٩ ـ الأخذ بأقل ما قيل ، ١٠ ـ الاستقراء .

وذلك حسب الخطة التي رسمتها والمنهج الذي بينته ، والله المستعان على بلوغ القصد .

★ ★ ★

الباب الأول
في
الاستصلاح وأثره

يحتوي على فصلين :

الفصل الأول : الاستصلاح

الفصل الثاني : أثر الاستصلاح في اختلاف الفقهاء

الفصل الأول

الاستصلاح

وفيه

- المصالح : معناها ، اقسامها ، مجال اعتبارها

- الاستصلاح : معناه ، موقف المذاهب منه ، أدلته ، شروطه

المصالح

الفقه الإسلامي ـ في جملته ـ قائم على أساس اعتبار مصالح الناس ، فكل ما هو مصلحة مطلوب وجاءت الأدلة بطلبه ، وكل ما هو مضرة منهي عنه وتضافرت الأدلة على منعه ، وهذا أصل مقرر مجمع عليه لدى فقهاء المسلمين ، فما قال أحد منهم إن الشريعة الإسلامية جاءت بأمر ليس فيه مصلحة العباد ، وما قال أحد منهم إنه يوجد شيء ضار فيما شرع للمسلمين من شرائع وأحكام ، كما أنهم اتفقوا على أن جميع أحكامه سبحانه وتعالى متكفلة بمصالح العباد في الدارين ، وأن مقاصد الشريعة ليست سوى تحقيق السعادة الحقيقية لهم .

[الموافقات : ٢/٦ ـ ٧ وانظر : مالك : ٣٦٨ ، ضوابط المصلحة : ٧٤] .

وإن المطلع على نصوص الشريعة الإسلامية وأحكامها ليجد الدلائل العديدة المتضافرة ـ من كتاب الله تعالى ، وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام ، وفتاوى الصحابة رضوان الله عليهم ، والقواعد الشرعية المجمع عليها ـ تثبت بوضوح أن الشريعة الإسلامية قد راعت مصالح العباد ، وأنها قائمة على أساس توفير السعادة لهم[1] .

معنى المصلحة :

المصلحة ـ لغة ـ كالمنفعة وزنا ومعنى ، فهي مصدر بمعنى الصلاح ، كالمنفعة بمعنى النفع .

أو هي اسم للواحدة من المصالح ، وقد صرح صاحب لسان العرب بالوجهين فقال : والمصلحة الصلاح ، والمصلحة واحدة المصالح .

---

(١) تراجع هذه الأدلة في البحث القيم الذي كتبه الدكتور سعيد رمضان البوطي في كتابه ضوابط المصلحة : ٧٤ ـ ١١٢ وكذلك يراجع مالك : فقرة (١٩٥) .

فكل ما كان فيه نفع ـ سواء كان بالجلب والتحصيل : كاستحصال الفوائد واللذائذ ، أو بالدفع والاتقاء : كاستبعاد المضار والآلام ـ فهو جدير بأن يسمى مصلحة .

واما في اصطلاح علماء الشريعة الإسلامية فهي :

المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده ، من حفظ دينهم ، ونفوسهم وعقولهم ونسلهم ، وأموالهم ، طبق ترتيب معين فيما بينها .

والمنفعة : هي اللذة ، أو ما كان وسيلة إليها ، ودفع الألم ، أو ما كان وسيلة إليه ، وبتعبير آخر هي : اللذة تحصيلا ، أو إبقاء . فالمراد بالتحصيل : جلب اللذة مباشرة ، والمراد بالإبقاء : الحفاظ عليها بدفع المضرة وأسبابها .
[المحصول للرازي : ٢/٤٣٤ ، وانظر ضوابط المصلحة : ٢٣] .

أقسام المصالح :

أ ـ أقسام المصالح من حيث مراتبها :

إن علماء أصول الفقه الإسلامي قد قسموا الأعمال والتصرفات التي تعد من المصالح بالنظر الشرعي ، وبحسب دلائل نصوص الشريعة وأحكامها ، وبالنسبة لحفظ مقاصد الشريعة[١] إلى ثلاث مراتب ، وبنوا المطالبة على أساس ترتيبها ، وهي:

١ ـ الضروريات :

وهي الأعمال والتصرفات التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا ، وصيانة مقاصد الشريعة ، بحيث إذا فقدت أو فقد بعضها لم تجر المصالح على استقامة ، بل تنهار الحياة الإنسانية ، أو تختل وتفسد . ويكون ذلك بإقامة أركانها وتثبيت قواعدها ، كما يكون بدرء الفساد والاختلال الواقع عليها ، أو المتوقع فيها .

ولذا شرع لحفظ الدين : الإيمان والنطق بالشهادتين ، والعبادات ، كما شرع الجهاد ، وعقوبة الداعي إلى البدع .

---

(١) مقاصد الشريعة : هي ان تحفظ على الناس دينهم وانفسهم وأعراضهم وعقولهم واموالهم .

ولحفظ النفس : أبيح ــ بل وجب ــ الأكل والشرب واللبس والمسكن مما يتوقف عليه بقاء الحياة وصون الأبدان ، كما شرعت عقوبة الدية والقصاص •

ولحفظ النسل : فقد شرع النكاح ، وأحكام الحضانة والنفقات ، كما شرعت حرمة الزنا ، والعقوبة على ارتكابه •

وشرع لحفظ العقل : ما شرع لحفظ النفس من تناول الغذاء الذي يتوقف عليه بقاء الحياة والعقل ، كما شرعت حرمة المسكرات والعقوبة عليها •

وشرع لحفظ المال : أصل المعاملات المختلفة بين الناس لصيانة الحقوق ، وشرعت العقوبات والتضمينات زجرا عن العدوان وجبرا للحقوق •

وهكذا فأساس الأعمال التي تعد من المصالح الضرورية أن لاتقوم تلك الأمور الخمسة ــ التي هي من أركان الحياة البشرية الصالحة ــ إلا بمراعاتها •

٢ ــ الحاجيات :

وهي : الأعمال والتصرفات التي لا تتوقف عليها صيانة تلك الأركان الخمسة ، بل قد تتحقق دونها ، ولكن مع الضيق ، فهي أعمال وتصرفات شرعت لحاجة الناس إلى التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة ، كي لا يقعوا في شدة قد تفوت عليهم المطلوب •

فقد شرع ــ فيما يتعلق بحفظ الدين ــ من الحاجيات : الرخص المخففة ، كالنطق بكلمة الكفر لتجنب القتل ، وكالفطر بالسفر ، والرخص المناطة بالمرض •

وفيما يتعلق بحفظ النفس : إباحة الصيد ، والتمتع بالطيبات فيما زاد على أصل الغذاء •

وفيما يتعلق بحفظ المال : التوسع في شرعة المعاملات ، كالقراض والسلم والمساقاة •

وفيما يتعلق بحفظ النسب : شرع المهور والطلاق ، وشرط توفر الشهود على موجب حد الزنا •

٣ ـ التحسينيات :

وهي : الأعمال والتصرفات التي لا تتحرج الحياة بتركها ، ولكن مراعاتها من مكارم الأخلاق ، أو من محاسن العادات ، فهي من قبيل استكمال ما يليق ، والتنزه عما لا يليق من المدنسات التي تأنفها العقول الراجحة .

ومثالها :

فيما يتعلق بالدين : أحكام النجاسات والطهارات،وستر العورة وما شابه ذلك.

وفيما يتعلق بحفظ النفس : آداب الأكل والشرب ، ومجانبة ما استخبث من الطعام ، والابتعاد عن الإسراف والتقتير .

وفيما يتعلق بحفظ المال : المنع من بيع النجاسات ، وفضل الماء والكلأ .

وفيما يتعلق بحفظ النسب : أحكام الكفاءة في اختيار الزوجين ، وآداب المعاشرة بينهما .

ويلاحظ هنا : أن التحسينات منها ما هو من المندوبات : كآداب الطعام ونحوها ، ومنها ما هو من الفرائض المطلوبة شرعا على سبيل الحتم والإيجاب : كستر العورة ، لأن معنى كون الشيء من التحسينات هو أن الناس يمكنهم الاستغناء عنه في حياتهم العادية دون حرج ، ولكنه قد يكون مما تقتضي الاعتبارات الأدبية والمعنوية تحتيمه وإلزام الناس به .

وعلى هذا : فالأحكام التي شرعت لصيانة الضروريات هي أهم الأحكام وأحقها بالمراعاة ، وتليها الأحكام المشروعة لضمان الحاجيات ، ثم الأحكام المشروعة للتحسين والتكميل[1] .

---

(١) الموافقات : ٢/٨ ـ ١٢ ، المستصفى : ١/١٤٠ ، المحصول : ٢/٤٣٥ـ٤٣٧ ، وانظر : ضوابط المصلحة : ١١٩ ، مالك : ٣٧٦

ب ـ أقسام المصالح من حيث اعتبار الشارع لها :

تقسم المصالح من حيث قيام الدليل على اعتبارها وعدمه إلى ثلاثة أقسام :

١ ـ المصالح المعتبرة :

وهي المصالح التي اعتبرها الشارع ، وقام الدليل منـه على رعايتها • فهذه المصالح حجة ، لا إشكال في صحتها ، ولا خلاف في إعمالها ، ويرجع حاصلها إلى القياس • فإذا نص الشارع على حكم في واقعة ، ودل على المصلحة التي قصدها بهذا الحكم ، وأرشد بمسلك من المسالك إلى العلة الظاهرة التي ربط بها حكمه ـ لما في هذا الربط من تحقيق المصلحة ـ فإن كل واقعة غير واقعـة النص تتحقق فيها هذه العلة ، يحكم فيها بحكم الشارع في واقعة النص ، وهذا حكم بالقياس •

مثالـه :

قول الله تعالى : « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض » / البقرة : ٢٢٢ / • فعبارة النص تدل على : أن إيجاب اعتزال النساء في المحيض مسبب عن كونه أذى ، فإذا ثبت أن حال النفاس أو حال النزيف حال أذى مثل الحيض ،وجب اعتزال النساء فيه شرعا ،قياسا على وجوب اعتزالهن في المحيض•

وكذلك قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » / الجمعة : ٩ / • عبارة النص تدل على : أن الأمر بترك البيع مسبب عن النداء للصلاة في يوم الجمعة ، لأن البيع في هذا الوقت مشغلة عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة ، فكل معاملة تشغل عن ذكر الله عز وجل وعن الصلاة ـ كالإجارة والرهن ـ حكمها حكم البيع من حيث التحريم ووجوب الترك ، قياسا عليه •

فالتشريع في واقعة بنـاء على تحقق العلة المنصوص عليهـا ، أو على نوعها أو جنسها ، في هذه الواقعة ، هو تشريع بالقياس ، والمصلحة المقصودة بهذا القياس تسمى : المصلحة المعتبرة من الشارع •

٢ ــ **المصالح الملغــاة :**

وهي المصالح التي ليس لها شاهد اعتبار من الشرع ، بل شهد الشرع بردها وجعلها ملغــاة •

وهذا النوع من المصالح مردود ، لاسبيل إلى قبوله ، ولا خلاف في إهمالــه بين المسلمين •

فإذا نص الشارع على حكم في واقعة ، لمصلحة استأثر بعلمها ، وبدا لبعض الناس حكم فيها ، مغاير لحكم الشارع ، لمصلحة توهموها ، ولأمر ظاهر ــ تخيلوا أن ربط الحكم به يحقق نفعاً أو يدفع ضرراً ــ فإن هذا الحكم مرفوض ، لأن هذه المصلحة التي توهموها مصلحة ملغاة من الشارع ، ولا يصح التشريع بناء عليها ، لأنه معارضة لمقاصد الشارع •

ومن أمثلة هذا النوع :

أ ــ التسوية بين الذكور والإناث في المــيراث : فهي مصلحة متوهمة ، وهي ملغاة ، بدليل قوله تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » / النساء : ١١ / •

ب ــ الانتحار : فإنه قد يجلب لصاحبه منفعة ، ويكون له فيه مصلحة ، وهي التخفيف مما يعانيه من ألم مرض ، أو ألم حرمان ، ولكن الشارع لم يعتبر هــذا النوع من المصالح بل نص على إلغائه في محكم الكتاب وسنة الرسول عليه الصلاة والسلام :

قال الله تعالى : « ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً • ومن يفعل ذلك عدواناً وظلماً فسوف نصليه ناراً وكان ذلك على الله يسيرا » / النساء : ٢٩ ــ ٣٠/ •

وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال : شهدنا مع رسول الله ﷺ خيبر ، فقال رسول الله ﷺ لرجل ممن معه يدعي الإسلام : (هذا من أهــل النار) فلما حضر القتال قاتل الرجل مــن أشد القتال ، وكثرت به الجراح فأثبتته ، فجاء رجــل من

أصحاب النبي ﷺ فقال : يا رسول الله ، أرأيت الذي تحدثت أنه من أهل النار ؟ قد قاتل في سبيل الله من أشد القتال ، فكثرت به الجراح ، فقال النبي ﷺ : (أما إنه من أهل النار) فكاد بعض المسلمين يرتاب ، فبينما هو على ذلك إذ وجد الرجل ألم الجراح ، فأهوى بيده إلى كنانته ، فانتزع منها سهماً فانتحر بها ، فاشتد رجال من المسلمين إلى رسول الله ﷺ فقالوا : يارسول الله ، صدق الله حديثك، قد انتحر فلان فقتل نفسه، فقال رسول الله ﷺ : (يابلال ، قم فأذن : لايدخل الجنة إلا مؤمن ، وإن الله ليؤيد هذا الدين بالرجل الفاجر) [1] .

جـ ـ ما يدعى من مصلحة لاقتصاد البلاد في تصنيع الخمر وتعاطيها والتعامل بها ، وقد أشار الله تعالى إلى هذه المصلحة الموهومة فقال : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس » / البقرة : ٢١٩ / . ثم أشار إلى إلغائها بنفس الآية فقال : « وإثمهما أكبر من من نفعهما » ثم نص القرآن على إلغاء هذه المصلحة ، فقال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون . إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون » / المائدة : ٩٠ ـ ٩١ / .

فالقول بإباحة تصنيع الخمر والتعامل به وتعاطيه تشريع بناء على مصلحة ألغى الشارع اعتبارها ، والتشريع بناء على مصلحة ألغى الشارع اعتبارها تشريع غير سائغ ، ومردود .

٣ ـ المصالح المرسلة :

وهي المصالح التي لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها ، فإذا حدثت واقعة لم يشرع الشارع لها حكماً ، ولم تتحقق فيها علة اعتبرها الشارع

---

(١) أخرجه البخاري : ١٥٤/٨ . [فأثبتته : أثقلته وجعلته ساكناً لاحراك له . كنانته : جعبة السهام المأخوذة من جلد . فاشتد رجال : أسرعوا . صدق الله حديثك: حقق ما تحدثت به وأخبرت عنه] .

لحكم من أحكامه ، ووجد فيها أمر مناسب لتشريع حكم ـ أي إن تشريع الحكم فيها من شأنه أن يدفع ضرراً أو يحقق نفعاً ـ فهذا الأمر المناسب في هذه الواقعة يسمى : المصلحة المرسلة ، ووجه أنه مصلحة : هو أن بناء الحكم عليه مظنة دفع ضرر أو جلب نفع ، وإنما سميت مرسلة ، لأن الشارع أطلقها ، فلم يقيدها باعتبار ولا إلغاء [1] .

حقيقة المصالح المرسلة وما يدخل فيها :

هي : كل منفعة داخلة في مقاصد الشارع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء .

ومن تحليل هذا التعريف يتبين لنا : أنه ليس من المصالح المرسلة كل ما يظن أنه منفعة مما لا يدخل في المقاصد الكلية للشارع .

وكذلك كل ما كان للإمام أن يتصرف فيه ، بموجب حق الإمامة ـ كتخير الإمام بين استرقاق الأسرى ، وقتلهم ، وافتدائهم بالمال ، والمن عليهم ـ لأن ما يملكونه من خيرة في ذلك واقع ضمن دائرة مانص عليه الشرع بواسطة الكتاب أو السنة .

وكذلك كل مسألة ، أو واقعة ، كانت مناطاً لمصلحتين متعارضتين لكل منهما شاهد من الاعتبار أو الإلغاء ، لأن مثل ذلك لايقال : إنه خال عن شواهد الاعتبار والإلغاء .

وكذلك ليس من المصالح المرسلة : كل مصلحة عارضها نص أو قياس صحيح، سواء عارضت من النص عمومه أم إطلاقه أم جميع مدلوله . وذلك لأن ما عورض بشيء منهما فقد ثبت شاهد على إلغائه ، فبطل بذلك أن يكون مرسلاً .

---

(1) المستصفى : ١/١٣٩ ، الاعتصام : ٢/١١٣ ـ ١١٥ ، المحصول : ٢/٢٣٩ ـ ٢٤٢ ، وانظر : ضوابط المصلحة : ٢٢١ وما بعدها ، اثر الاختلاف : ١٤٥ ، مصادر التشريع الإسلامي : ٨٦

وليس معنى هذا الكلام أن المصلحة المرسلة مجردة عن أي دليل تستند إليه ، أو مجردة عن أي دليل يلغيها ، بل لابد أن تكون مستندة إلى دليل ما ، قد اعتبره الشارع ، غير أنه دليل لايتناول أعيان هذه المصالح بخصوصها ، وإنما يتناول الجنس البعيد لها ، كجنس حفظ الأرواح والعقول والأنساب •

هذا ، ويمكن أن يمثل للمصلحة المرسلة : بمصلحة الدولة الإسلامية في فرض أموال على الرعية ، عندما لاتفي خزينتها بحاجات تجييش الجيوش ، وسد الثغور ، وصد الأعداء ــ إذا لم يكن شيء من مال الدولة يصرف في السرف والبذخ ، أو في مالا حاجة إليه ــ فهي مصلحة ليس لها شاهد بالاعتبار ، كما أنه لاشاهد لها بالإلغاء، ولكنها داخلة ضمن أهم مقصد من مقاصد الشريعة وهي حفظ الدين [1] •

مجال النظر إلى المصالح في الأحكام والعمل بالمصلحة المرسلة :

يقرر فقهاء المسلمين : أن الأعمال التي يكلف بها المسلم ، وتأخذ أحكاماً شرعية، قسمان : قسم يتصل بالعبادات ، وقسم يتصل بالعادات :

١ ــ قسم العبادات :

وهي كل مامن شأنه تنظيم العلاقة بين الإنسان وربه ، وقلما تكون له علاقة ببني الإنسان •

ولقد قرر العلماء : أن الأصل في هذا النوع من التكاليف التعبد ، فالنصوص فيه غير معللة في جملتهـا ، أو على التحقيق : لايلتفت الشخص في العبادات إلى البواعث والغايات ــ التي من أجلها كانت ــ ويبني عليها أشباهها ، فلا يفرض المكلف على نفسه عبادة لم يفرضها الشارع ، لاتحادها مع ما نص عليه في الباعث المتلمس ، أو الحكمة المناسبة • ويستدل الشاطبي في الموافقات على هذا الأصل بأدلة ثلاث : هي :

---

(١) المستصفى : ١٤٢/١ ، المحصول : ٨٢٣/٢ ، تخريج الفروع على الأصول ١٦٩ ــ ١٧١ ، ضوابط المصلحة : ٣٣٠ ، ٣٥٠ .

أ ــ الاستقراء : فإنا وجدنا الطهارة تتعدى محل موجبها ، وكذلك الصلوات خصت بأفعال مخصوصة على هيئات مخصوصة إن خرجت عنها لم تكن عبادات ، ووجدنا الموجِبات فيها تتحد مع اختلاف الموجَبات ، وأن الذكر المخصوص في هيئة ما مطلوب ، وفي هيئــة أخرى غير مطلوب ، وأن طهارة الحدث مخصوصة بالماء الطهور وإن أمكنت النظافة بغيره ، والتيمم ــ وليست فيه نظافة حسية ــ يقوم مقام الطهارة بالماء المطهر ، وهكذا سائر العبادات •

ب ــ أنه لو كان المقصود التوسعة في وجوه التعبد بماحد ومالم يحد لنصب الشارع عليه دليلاً واضحاً ، كما نصب على التوسعة في وجوه العادات أدلة لا يوقف معها على المنصوص عليها ، دون ما شابهه وقاربه وجامعه في المعنى المفهوم من الأصل المنصوص عليه ، ولكان ذلك يتسع في أبواب العبادات ، ولما لم نجد ذلك كذلك ، بل على خلافه ، دل على أن المقصود الوقوف عند ذلك المحدود ، إلا أن يتبين بنص أو إجماع معنى مراد في بعض الصور ، فــلا لوم على من اتبعه ، لكن ذلك قليل ، فليس بأصل ، وإنما الأصل ماعم في الباب ، وغلب في الموضع •

جـ ــ أن وجوه التعبدات في أزمنة الفترات ، لم يهتد إليها العقلاء اهتداءهم لوجوه معاني العادات ، فقد رأيت الغالب فيهم الضلال فيها ، والمشي على غير طريق، ومن ثم حصل التغير فيما بقي من الشرائع المتقدمة ، وهذا مما يدل دلالة واضحة على أن العقل لا يستقل بدَرْك معانيها ولا بوضعها ، فافتقرنا إلى الشريعة في ذلك [1] •

هذا : على أنه من الواجب على المسلمين الإيمان بأن هــذه التكليفات المتصلة بالعبادة في مصلحة الإنسان ، وإن لم يكن له أن يشرع ــ بالحكمة أو المصلحة أو البواعث ــ مثلها ، بل عليه أن يقف فيها عند النصوص ، وما تشير إليه ، وما يحمل عليها من غير تزيد •

---

(١) الموافقات : ٢/٣٠٠ ــ ٣٠٤ بشيء من الاختصار .

٢ ـ قسم العادات :

أما القسم الثاني من التكليفات : فهو ما يتصل بمعاملة بني الإنسان بعضهم بعضاً ، وهو ما يسمى في اصطلاح الفقهاء : بالعادات .

والأصل في هذا القسم هو الالتفات إلى المعاني والبواعث ــ التي شرعت من أجلها الأحكام ــ باتفاق الفقهاء ، إذ إن التكليفات في هذه الأمور إنما كانت لتكوين مجتمع إسلامي فاضل ، أساسه العدل والفضيلة ، وهذا إنما يكون بتشريع كل مامن شأنه رعاية المصالح المتفقة مع مقاصد الشارع . ولقد استدل الشاطبي ــ أيضاً ــ لهذا المعنى بثلاثة أدلة هي :

أ ــ الاستقراء : فإنا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد ، والأحكام العادية تدور معها حيث دارت . فترى الشيء الواحد يمنع في حال لاتكون فيه مصلحة ، فإذا كان فيه مصلحة جاز ، كالدرهم بالدرهم إلى أجل ، يمتنع في المبايعة ويجوز في القرض . وبيع الرَّطْب باليابس ، يمتنع حيث يكون مجرد غرر وربا في غير مصلحة، ويجوز إذا كان فيه مصلحة راجحة ، ولم نجد هذا في باب العبادات مفهوماً كما فهمناه في العادات . قال تعالى : « ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب » / البقرة:١٧٩/ وقال : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » / البقرة : ١٨٨ / .

وفي الحديث (لايقضين حكم بين اثنين وهو غضبان) (١) . وقال ﷺ ــ في منع القاتل من الميراث : (ليس لقاتل شيء) (٢) كما نهى ﷺ عن بيع الغرر (٣) .

---

(١) اخرجه البخاري عن ابي بكرة رضي الله عنه : (٦٧٣٩) ومسلم (١٧١٧) .

(٢) رواه مالك في الموطأ عن عمر رضي الله عنه : ٨٦٧/٢

(٣) رواه في الموطأ مرسلاً عن ابن المسيب : الزرقاني : ٢٧١/٤ واخرجه ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً (٧٣٩/٢) وأخرجه مسلم (١٥١٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً وبلفظ : عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر ، وبيع الحصاة : ان يشتري احد المبيعات مجهولاً ، ويرمي بحصاة ، فما وقعت عليه كان هو المبيع . وقيل فيه غير ذلك .

وفي القرآن : « إنما يريـد الشيطان أن يوقع بينكم العـداوة والبغضاء في الخمر والميسر » / المائدة : ٩١ / • إلى غير ذلك مما لا يحصى • وجميعه يشـير ــ بل يصرح ــ باعتبار المصالح للعباد ، وأن الإذن دائر معها أينما دارت •

ب ــ أن الشارع توسع في بيان العلل والحكم في تشريع با بالعادات وبيان أحكام المعاملات بين الناس ، وأكثر ما علل به الحكم المناسبة التي تتصل بالمصالح ، والتي تتلقاها العقول بالقبول ، ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيها اتباع المعاني ، لا الوقوف مع النصوص ، بخلاف باب العبادات ، فإن الثابت فيها غير ذلك ، فـلا تثبت عبادة إلا بنص •

جـ ــ أن الالتفات إلى المعاني ــ وهي المصالح ــ كان قائماً في أزمان لم يكن فيهـا رسل ، أي في الفترات بين رسول ورسـول ، حتى جرت بذلـك مصالحهم فاستقامت معايشهم في الجملة ، إلا أنهم قصروا في جملة من التفصيلات ، فجاءت الشريعة لتتمم مكارم الأخلاق ، وأكمل العادات ، ولهذا أقرت الشريعة جملة من الأحكام التي جرت في الجاهلية : كالدية ، والقسامة ، والقراض ، وأشباه ذلك مما كان عند أهل الجاهلية محموداً ، وما كان من محاسن العادات ، ومكارم الأخلاق التي تقبلها العقول ، وهي كثيرة (١) •

هذا على أن العادات والمعاملات لاتخلو عن جهة تعبد في الجملة ، بل إن المكلف مأمور أن يقوم بالفعل أو الترك امتثالاً لأمر الله تعالى • يقول الشاطبي : لو كانت أوامر الله من حيث هي ، حقاً للعبد ، لصح الثواب عليها بدون نية ، لأن حق العبد حاصل بمجرد الفعل من غير نية ، لكن الثواب مفتقر في حصوله إلى نية •

وأيضاً فلو حصل الثواب بغير نية لأثيب الغاصب إذا أخذ منه المغصوب كرهاً ، وليس كذلك باتفاق ، وإن حصل حق العبد •

فالصواب أن النية شرط في كون العمل عبادة ، والنية المرادة هنا نية الامتثال لأمر الله تعالى ونهيه •

---

(١) الموافقات : ٢/٣٠٥ ــ ٣٠٧ ، وانظر أيضاً : مالك : فقرة : ١٩٥

وإذا كان هذا جارياً في كل فعل وترك ، ثبت أن في الأعمال المكلف بها طلباً تعبدياً على الجملة . ويقول أيضاً :

إن كل حكم شرعي ليس بخال عن حق الله تعالى ، وهو جهة التعبد ، فإن حق الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئاً ، وعبادته امتثال أوامره واجتناب نواهيه بإطلاق .

فإن جاء ما ظاهره أنه حق للعبد مجرداً ، فليس كذلك بإطلاق ، بل جاء على تغليب حق العبد في الأحكام الدنيوية(1) .

مجال العمل بالمصلحة المرسلة :

من خلال ما سبق من الكلام ــ في أقسام التكليفات ــ يتبين لنا أن مجال العمل بالمصالح المرسلة وبناء الأحكام الشرعية على أساسها : إنما هو قسم العادات ، وما يتعلق بمعاملة الناس بعضهم بعضاً ، لأن هذا القسم من الأحكام هو مجال النظر في تشريعه إلى المصالح ، وعليه فلا دخل لها فيما كان من قبيل العادات .

ويلحق بالعبادات كل ما كان في معناها مما ليس للعقل سبيل إلى إدراك المصلحة الجزئية لكل حكم منها ، وذلك مثل الأمور المقدرات من الشارع كالحدود والكفارات ، وفروض الإرث ، وشهور العدة بعد الموت أو الطلاق ، وكل ما شرع محدداً مقدراً واستأثر الشارع بعلم المصلحة فيما حدد به .

ومن بدهي القول : أن المصلحة المرسلة : إنما يلتفت إليها في هذا المجال عندما لايكون هناك نص من كتاب أو سنة يبين حكم الواقعة أو يشهد لها بالاعتبار ، وكذلك عندما لايكون هناك إجماع على حكمها ، أو قياس تلحق به .

وذلك واضح من تعريف المصالح المرسلة : إذ هي المصالح التي يراها المجتهد، مما لاشاهد يؤيده من أصل يقاس عليه ، ولا دليل يلغيه من نص كتاب أو سنة(2) .

★ ★ ★

---

(1) الموافقات : ٣١٧/٢ ، وانظر : ضوابط المصلحة : ٤٥ الخاصة الاولى .

(2) الاعتصام : ١٢٩/٢ ــ ١٣٣ ، مصادر التشريع الإسلامي : ٨٩ ، ضوابط المصلحة : ٢١٦

الاستصلاح

إن الأخذ بالمصالح المرسلة هو مايسمى في اصطلاح العلماء بـ (الاستصلاح) والاستصلاح لغة : طلب الإصلاح • مثل الاستفسار طلب التفسير • وكما يقال في الحسيات : استصلح بدنه أو مسكنه ، يقال في المعنويات : استصلح خلقه أو أدبه •

وفي القرآن الكريم: «ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح » / البقرة : ٢٢٠ / •

وأما في اصطلاح الأصوليين : فهو : ترتيب الحكم الشرعي في واقعة ، لانص فيها ولا إجماع ، بناء على مراعاة مصلحة مرسلة [1] •

موقف المذاهب من الاستصلاح :

الاستصلاح لدى مالك رحمه الله تعالى :

تكاد كلمة الأصوليين تلتقي على أن القول بالاستصلاح أمر مختلف فيه ، وأن الراجح من الآراء أنه لايصلح الاستدلال به ، إذ لادليل على اعتباره • وأنه لم يذهب إلى القول به إلا الإمام مالك رحمه الله تعالى • وإليك بعض نصوص كتب الأصول في هذا الباب :

١ ــ قال الآمدي في الإحكام [٤/١٤٠] : المصالح على ما بينا منقسمة إلى ما عهد من الشارع اعتبارها ، وإلى ما عهد منه إلغاؤها ، والمرسلة مترددة بين ذينك القسمين ، وليس إلحاقها بأحدهما أولى من إلحاقها بالآخر ، فامتنع الاحتجاج بالمرسل دون شاهد بالاعتبار يبين أنه من قبيل المعتبر دون الملغى • وقال أيضاً :

---

(١) ضوابط المصلحة : ٣٥٢ ، مصادر التشريع : ٨٥

وقد اتفق الفقهاء من الشافعية والحنفية وغيرهم على امتناع التمسك به ، وهو الحق • إلا مانقل عن مالك أنه يقول به ، مع إنكار أصحابه لذلك عنه ، ولعل النقل إن صح عنه فالأشبه أنه لم يقل بذلك في كل مصلحة ، بل فيما كان من المصالح الضرورية الكلية الحاصلة قطعاً ، لافيما كان من المصالح غير ضروري ولا كلي ولا وقوعه قطعي •

٢ ــ وقال العضد [٢/٢٨٩] : المصالح المرسلة : مصالح لايشهد لها أصـــل بالاعتبار في الشرع ، وإن كانت على سنن المصالح وتلقتها العقول بالقبول • ثم قال : لنا أن لادليل ، فوجب الرد •

٣ ــ وقال ابن الحاجب [٢/٢٤٢] : وغير المعتبر هو المرسل ، فإن كان غريباً أو ثبت إلغاؤه فمردود اتفاقاً ، وإن كان ملائماً فقد صرح الإمام الغزالي بقبوله ، وذكر عن مالك والشافعي ، والمختار رده •

٤ ــ ويقول ابن قدامة المقدسي الحنبلي في كتابه روضة الناظر [٨٧] بعد ذكر المصالح المرسلة : فذهب مالك وبعض الشافعية إلى أن هذه المصلحة حجة ، لأنا قد علمنا أن ذلك من مقاصد الشرع ، وكون هذه المعاني مقصودة : عرف بأدلة كثيرة لاحصر لها من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال ، وتفاريق الأمارات ، فيسمى ذلك مصلحة مرسلة • ولا نسميه قياساً ، لأن القياس يرجع إلى أصل معين • والصحيح أن ذلك ليس بحجة •

٥ ــ ويقول الشاطبي في الاعتصام [٢/ ١١١ ــ ١١٢] : إن القول بالمصالح المرسلة ليس متفقاً عليه ، بل قد اختلف فيه أهل الأصول على أربعة أقوال :

أ ــ فذهب القاضي وطائفة من الأصوليين إلى رده ، وأن المعنى لايعتبر مالم يستند إلى أصـــل •

ب ــ وذهب مالك إلى اعتبار ذلك ، وبنى الأحكام عليه على الإطلاق •

جـ ـ وذهب الشافعي ومعظم الحنفية إلى التمسك بالمعنى الذي لم يستند إلى أصل صحيح ، لكن بشرط قربه مـن معاني الأصول الثابتة • هـذا ما حكى الإمام الجويني •

د ـ وذهب الغزالي إلى أن المناسب إن وقع في رتبة التحسين والتزيين لم يعتبر حتى يشهد له أصل معين• وإن وقع في رتبة الضروري فميله إلى قبوله ، لكن بشرط • قال : ولا يبعد أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد ، واختلف قوله في الرتبة المتوسطة وهي: رتبة الحاجي ، فرده في المستصفى وهو آخر قوليه • وقبله في شفاء الغليل كما قبل ما قبله [انظر : المستصفى : ١/١٤١] •

وقال ـ أيضاً ـ بعد ذكره عدم التفات مالك رحمه الله إلى المعاني في العبادات:

بخلاف قسم العادات ـ الذي هو جار على المعنى المناسب الظاهر للعقول ـ فإنه استرسل فيه استرسال المدل العريق في فهم المعاني المصلحية ـ نعم ، مع مراعاة مقصود الشارع أن لايخرج عنه ولا يناقض أصلاً من أصوله ـ حتى لقد استشنع العلماء كثيراً من وجوه استرساله ، زاعمين أنه خلع الربقة وفتح باب التشريع • وهيهات ما أبعده من ذلك رحمه الله !••• بل هو الذي رضي لنفسه في فقهه بالاتباع بحيث يخيل لبعض أنه مقلد لمن قبله ، بل هو صاحب البصيرة في دين الله ، حسبما بين أصحابه في كتاب سيره [الاعتصام : ٢/١٣٢ ـ ١٣٣] •

٦ ـ وأخيراً ، يقول الشافعي رحمه الله تعالى في الأم [٧/٢٧٠] في باب إبطال الاستحسان :

وكل ما وصفت ، مع ما أنا ذاكر وساكت عنه اكتفاء بما ذكرت منه عما لم أذكر ، من حكم الله ، ثم حكم رسوله ﷺ ، ثم حكم المسلمين ، دليل على أن لايجوز لمن استأهل أن يكون حاكماً أو مفتياً،أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم،وذلك الكتاب ثم السنة ، أو ما قاله أهل العلم لايختلفون فيه ، أو قياس على بعض هذا ، ولا يجوز له أن يحكم ولا يفتي بالاستحسان ، إذ لم يكن الاستحسان واجباً ، ولا في واحد من هذه المعاني •

فإن قال قائل : فما يدل على أن لايجوز أن يستحسن ، إذا لم يدخل الاستحسان في هذه المعاني مع ما ذكرت في كتابك هذا ؟

قيل : قال الله عز وجل : « أيحسب الإنسان أن يترك سدى » / القيامة : ٣٦ / • فلم يختلف أهل العلم بالقرآن ــ فيما علمت ــ أن السدى الذي لايؤمر ولا ينهى ، ومن أفتى أو حكم بمالم يؤمر به ، فقد أجاز لنفسه أن يكون في معاني السدى ، وقد أعلمه الله أنه لم يتركه سدى •

والاستحسان في تعبير الشافعي رحمه الله تعالى : يشمل ما يسمى ــ في عرف الفقه ــ بالمصالح المرسلة عند المالكية ، والاستحسان عند الحنفية [١] •

هذا ما ذكرته كتب الأصول عن موقف الأئمة والمذاهب من الاستصلاح وكلها تبين أن مالكاً ــ رحمه الله تعالى ــ وحده هو الذي أخذ به ، بينما خالفه غيره في ذلك ، بل شدد عليه النكير ــ كما نقلنا عن الشافعي رحمه الله تعالى ــ على أن الحقيقة ليست كذلك كما سنبين فيما يلي من البحث •

★ ★ ★

عمل الأئمة الثلاثة ــ غير مالك ــ رحمهم الله تعالى بالاستصلاح ووجوده في فقههم :

يقول القرافي المالكي [شرح تنقيح الفصول : ١٧١] : وأما المصلحة المرسلة : فالمنقول أنها خاصة بنا ، وإذا افتقدت المذاهب وجدتهم ــ إذا قاسوا ، أو جمعوا ، أو فرقوا بين المسألتين ــ لايطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جمعوا أو فرقوا ، بل يكتفون بمطلق المناسبة وهذا هو المصلحة المرسلة ، فهي حينئذ في جميع المذاهب •

وقال الزركشي [البحر المحيط : ورقة ١٥٤] : مالا يعلم اعتباره ولا إلغاؤه ــ وهو الذي لايشهد له أصل معين من أصول الشريعة بالاعتبار ــ وهو المسمى

---

(١) انظر مالك : ٣٦٨ (حاشية) .

بالمصالح المرسلة • والمشهور اختصاص المالكية بها ، وليس كذلك ، فإن العلماء في جميع المذاهب يكتفون بمطلق المناسبة ، ولا معنى للمصلحة إلا ذلك •

هذا ، وإن المتتبع لفقه الأئمة الثلاثة واجتهاداتهم في مراجعها الأصلية يرى مايدل على أنهم جميعاً كانوا يبنون أحكامهم الاجتهادية على وفق المصالح المرسلة • وهذه نبذ من كلامهم ــ أو كتب مذاهبهم ــ تدل على ذلك :

١ ــ الاستصلاح لدى الحنفية :

يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف في كتابه [مصادر التشريع الإسلامي : ٨٩] :

أما الحنفية : فالمشهور في بعض الكتب أنهم لايأخذون بالاستصلاح ولايعتبرونه دليلاً شرعياً • وهذا فيه نظر من عدة وجوه :

١ ــ أن فقهاء العراق في مقدمة القائلين بأن أحكام الشرع مقصود بها المصالح، ومبنية على علل هي مظان تلك المصالح ، وهم يأخذون بمعقول النص وروحه ، وكثيراً ما أولوا ظواهر النصوص استناداً إلى معقولها ، والمصلحة المقصودة منها ، فمن البعيد أن الحنفية ــ وهم زعماء فقهاء العراق(١) ــ لايأخذون بالاستصلاح ، وقد كان زعيمهم إبراهيم النخعي ــ في بحوثه وآرائه ــ لا يصدر إلا عن المصلحة ، ولا يحتج إلا بالمصلحة • وهم في مقدمة القياسين ، وعمادهم مراعاة المصلحة •

٢ ــ أنهم قالوا بالاستحسان ، وجعلوا من أنواعه الاستحسان الذي سنده العرف والضرورة والمصلحة ، وما هذا إلا استناد إلى المناسب المرسل ، وأخذ بالاستصلاح ، ومن البعيد أن يأخذوا بالاستحسان وينكروا الاستصلاح • والذي أستظهره أن الحنفية ممن يحتجون بالاستصلاح • هـ •

وإذا قلنا : إن الحنفية يحتجون بالاستصلاح فهم لا يعتبرونه أصلاً مستقلاً ، وإنما يدخل عندهم ضمن دليلين من أهم الأدلة التي امتاز بها فقههم وهما : الاستحسان والعرف ، كما أشار إليه الأستاذ خلاف •

---

(١) أي : وهم أصحاب مدرسة الرأي .

والذي يدل على دخول الاستصلاح في الاستحسان : تعريف بعضهم له بأنه : العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس • وما تذكره كتب الحنفية في توجيه الاستحسان في كثير من المسائل من القول : إنهم استحسنوا ترك العمل بموجب القياس للضرورة المحوجة إلى ذلك لعامة الناس ، وللضرورة أثر في سقوط الخطاب [كشف الأسرار : ٣/٦٤ ، العضد : ٢/٢٨٨] •

بل إن الذي يدل على أن الاستحسان إنما يعني ـ في مقدمة ما يعنيه ـ القول بالاستصلاح ، ما قاله الإمام السرخي في المبسوط [١٠/١٤٥] : الاستحسان ترك القياس ، والأخذ بما هو أوفق للناس ، وقيل : الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام ، وقيل : الأخذ بالسعة ، وابتغاء الدعة ، وقيل : الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة • وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر ، وهو أصل في الدين • قال الله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » / البقرة : ١٨٥ / • اهـ •

وبناء على هذا فقد خرجت معظم الأحكام التي أخذ بها بعض الأئمة استصلاحاً مخرج الاستحسان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، كالاستصناع وتضمين الصانع المشترك وغيرها ، كما سنرى عند الكلام عن المسائل المتفرعة عن الاستصلاح والاستحسان •

وأما العرف : وهو من أوسع ما اعتمده الأئمة عامة [١] ، وأبو حنيفة خاصة ، فيما لانص فيه ، وفيما لايعارض أصلاً من الأصول المتفق عليها • وإنما تستقر أعراف الناس وعاداتهم في التعامل على أساس من مصالح حياتهم ومعايشهم ، ولذلك فإن كثيراً من الأحكام ، المبنية عند أبي حنيفة أو بعض أصحابه على العرف ، إنما هو قائم في الوقت نفسه على الاستصلاح عند غيرهم • وسنرى بعضا من هذا عند الكلام عن العرف وأثره في الباب الرابع ، على أننا كثيراً ما نجدهم يستدلون في المسألة

---

(١) سيأتي معنا في الباب الرابع بحث العرف وبيان آراء الأئمة وموقفهم من اعتباره.

ـ أو يدعمون استدلاتهم أحياناً ـ بمطلق المصلحة ، كما فعلوا ذلك في مسألة قتل الجماعة بالواحد ، وفي منع تغريب البكر الزاني ، وكذلك في جعل الطلاق الواقع بالإيلاء بائناً ، وغير ذلك من الفروع •

أمثلة من فقه الحنفية على عملهم بالاستصلاح :

١ ـ تضمين الصناع :

لقد قال الحنفية ـ على العموم ـ بتضمين الأجير المشترك ، وإن لم يخالف عمله ما اتفق عليه مع المستأجر • فإذا هلكت السلعة في يده ضمنها ، إلا إذا كان الهلاك بسبب غالب لايمكن الاحتراز عنه • قال في الهداية : الأجراء على ضربين : أجير مشترك وأجير خاص ، فالمشترك من لايستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار ، والمتاع أمانة في يده ، إن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول زفر ، ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر• قال الزيلعي : وبقولهما يفتى اليوم ، لتغير أحوال الناس ، وبه يحصل صيانة أموالهم وهذا نظر إلى المصلحة ، على أن أساس القول بتضمين الصناع ـ كما سنرى ـ هو النظر إلى مصلحة الناس وحاجاتهم ، بل لقد صرح الحنفية بذلك ، جاء في الهداية : أن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما ، لصيانة أموال الناس [١] •

٢ ـ عقد الاستصناع :

فقد قال الحنفية بصحة هذا العقد : قال السمرقندي : الاستصناع هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع ، والقياس : أن لايجوز ، وفي الاستحسان جائز لتعامل الناس [٢] • والناس إنما يتعارفون ما فيه مصلحتهم وما تدعوا الحاجة

---

(١) الهداية وشروحها : ٢٠٠/٧ ـ ٢٠٥ ، وانظر المسألة مفصلة في الفصل الثاني.

(٢) تحفة الفقهاء : ٥٣٨/٢ ، الهداية وشروحها : ٣٥١/٥ ـ ٣٥٥ . وانظر مسألة عقد الاستصناع في الفصل الثاني من الباب الرابع .

إليه ، ولذلك قصر الحنفية جواز هذا العقد على ما تعارف الناس استصناعه وجرى التعامل به ، لأن الأصل عدم جوازه ، لأنه بيع معدوم ، وليس بسلم ، لعدم وجود الأجل ، وهو شرط عندهم في عقد السلم •

٣ ـ نذر التصدق بماله :

ذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أن من قال : مالي في المساكين صدقة ، يلزمه التصدق بما يملك من الأموال التي تجب فيها الزكاة ، ولا يلزمه التصدق بكل ما يملك من مختلف الأموال ، قال في الهداية : ومن قال : مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة • قال في الفتح : القياس ينصرف إلى كل مال له ، وفي الاستحسان ينصرف إلى مال الزكاة خاصة [١] • وذلك نظراً إلى أنه لو لم يمسك ماعدا الزكوي من أمواله لاحتاج إلى أن يسأل الناس ، ولا يحسن أن يتصدق بماله ثم يسأل الناس •

٤ ـ تغريب الزاني البكر :

ذهب الحنفية إلى أنه لا تغريب على البكر الزاني ، ومما استدلوا به لقولهم هذا : أن في التغريب فتح باب الزنا ، لانعدام الاستحياء من العشيرة ، ولأنها قد تحتاج إلى المأكل والمشرب والملبس فتتخذ زناها مكسبة ، وهذا الاستدلال منهم التفات إلى المصلحة واعتبار لها [٢] •

وغير هذا من أمثاله كثير ، وسنعرض إلى مسائل للعرف والاستحسان عند الحنفية في موطنهما إن شاء الله تعالى •

---

(١) الهداية وشروحها : ٥/٥٢٤ ، وانظر المسألة في اثر الاستحسان .

(٢) الهداية وشروحها : ٤/١٣٤ ـ ١٣٦

٢ ـ الاستصلاح لدى الشافعية :

إن الشافعي رحمه الله تعالى لم يعد الاستصلاح دليلاً مستقلاً في أصوله كالإجماع والقياس ، ومن أجل هذا ظن كثير من الباحثين أنه لم يأخذ به ، ولم يعتبر المصالح المرسلة مستنداً في اجتهاده .

إلا أنه لا يلزم من كونه لم يعد الاستصلاح أصلاً مستقلاً برأسه عدم اعتباره له ، واعتماده عليه ، مدرجاً تحت باب القياس مثلاً ، بل الحق : أن الشافعي رحمه الله تعالى كان يذهب في اعتماد المصالح المرسلة إلى مدى بعيد ، ولكنه كان يسمي كل ذلك قياساً ، إذ القياس في مفهومه هو : مطلق الاجتهاد وفق أدلة الشريعة ومقاصدها .

وفي بيان هذه الحقيقة يقول رحمه الله في كتابه الرسالة [٥١٥ ــ ٥١٦] :

وقد يمتنع بعض أهل العلم من أن يسمي هذا قياساً ، يقول : هذا معنى ما أحل الله وحرم ، وحمد وذم ، لأنه داخل في جملته ، فهو بعينه لاقياس على غيره ، ويقول مثل هذا القول في غير هذا ، فما كان فيه معنى الحلال فأحل ، والحرام فحرم . ويمتنع أن يسمي القياس إلا ماكان يحتمل أن يشبه بما احتمل أن يكون شبهاً من معنيين مختلفين ، فصرفه على أن يقيسه على أحدهما دون الآخر .

ويقول غيرهم من أهل العلم : ماعدا النص ــ من الكتاب أو السنة ــ فكان في معناه فهو قياس ، والله أعلم .

ويقول في مكان آخر [٥٠٥] : الاجتهاد أبداً لايكون إلا على طلب شيء ، وطلب الشيء لايكون إلا بدلائل ، والدلائل هي القياس [١] .

وقد نقل إمام الحرمين في كتابه البرهان عن الشافعي اعتماده على المصالح المرسلة ، فقال : المعروف من مذهب الشافعي التمسك بالمعنى ، وإن لم يستند إلى أصل ، على شرط قربه من معاني الأصول الثابتة . ثم بين مستنده في ذلك وقال في

---

(١) انظر ضوابط المصلحة : ٢٧٠ ، أثر الاختلاف : ٤٤٧

ختام كلامه : ومن يتتبع كلام الشافعي لم يره متعلقاً بأصل ، ولكنه ينوط الأحكام بالمعاني المرسلة ، فإن عدمها التفت إلى الأصول مشبهاً ، كدأبه إذ قال : ــ في اشتراط النية في الوضوء قياسا على التيمم ــ : طهارتان ، فكيف يفترقان[1] ؟ •

وقال الزنجاني في تخريج الفروع على الأصول :

ذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كلي الشرع ــ وإن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة ــ جائز •

وذكر أمثلة على هذا ثم قال : واحتج في ذلك : بأن الوقائع الجزئية لا نهاية لها، وكذلك أحكام الوقائع لاحصر لها ، والأصول الجزئية التي تقتبس منها المعاني والعلل محصورة متناهية ، والمتناهي لايفي بغير المتناهي ، فلا بد إذن من طريق آخر يتوصل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية ، وهي التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلي ، وإن لم يستند إلى أصل جزئي[2] •

وقال الرازي في [المحصول : ٨٢٥] : بعد ذكره أنواع المصالح ودلائل اعتبارها : فدل مجموع ماذكرنا على جواز التمسك بالمصالح المرسلة •

أمثلة تطبيقية لاعتماد الشافعي رحمه الله تعالى في اجتهاده على الاستصلاح :

من ذلك :

١ ــ ما جاء في الأم : قال الشافعي رحمه الله : الرجوع عن الشهادات ضربان : فإذا شهد الشاهدان أو الشهود على رجل ، بشيء يتلف من بدنه أو ينال ــ مثل قطع، أو جلد ، أو قصاص في قتل أو جرح ــ وفعل ذلك به ، ثم رجعوا فقالوا : عمدنا أن ينال ذلك منه بشهادتنا ، فهي كالجناية عليه ، ماكان فيه من ذلك قصاص خير بين أن يقتص أو يأخذ العقل ، ومالم يكن فيه من ذلك قصاص أخذ فيه العقل ، وعزروا دون الحد •

---

(١) البرهان : ورقة ٢٦١ ، ٢٦٢ ، وانظر البحر المحيط : ورقة ٨٦

(٢) تخريج الفروع على الأصول : ١٦٩ــ١٧١ ، وانظر البحر المحيط ورقة : ١٥٥

فقول الشافعي هذا لايعتمد على دلالة نص من كتاب أو سنة ، إذ ليس فيشيء منهما ــ مما يدل على شرعة القصاص ــ ما يدل على أن الشهود يقتص منهم إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أن نيل من المشهود عليه بسببها ، وإنما هو استصلاح يعتمد ما تقضيه مصلحة حقن الدماء وصونها من غائلة المكر والأحقاد ، وهو ملائم لشرعة القصاص ، وإن كان الشافعي يسميه قياساً و لايسميه استصلاحاً .

وشبيه به ماجاء في الأم أيضاً : ولو شهدوا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً ، ففرق بينهما الحاكم ، ثم رجعوا ، أغرمهم الحاكم صداق مثلها إن كان دخل بها ، وإن لم يكن دخل بها غرمهم نصف صداق مثلها ، لأنهم حرموها عليه ، ولم يكن لها قيمة إلا مهر مثلها ، ولا ألتفت إلى ما أعطاها قل أو كثر ، إنما ألتفت إلى ما أتلفوا عليه فأجعل له قيمته [١] .

٢ ــ ما نقله الزركشي في البحر المحيط عن الغزالي ، أنه قال في كتاب أساس القياس : قد جعل الشافعي رحمه الله تعالى استيلاد الأب جارية الابن سبباً لنقل الملك ، من غير ورود نص فيه ولا وجود أصل يشهد بنقل الملك ، والقدر المصلحي فيه : استحقاق الإعفاف على ولده ، وقد مست حاجته إليه ، فينقل ملكه إليه . قال الزركشي : وهذا اتباع مصلحة مرسلة .

قال الزركشي : وكذا قال في الغاصب ــ تكثر تصرفاته في المال المغصوب ــ إن لمالكه إجازة تصرفاته ، مع أن الملك شرط لصحة العقد والإجازة عند بطلانه من الفضولي[٢] ، ولكن إذا كثرت التصرفات وظهر العسر اقتضت المصلحة ذلك[٣] .

٣ــ ما ذكره الزنجاني [تخريج : ١٧٠ ــ ١٧٣] بعد تقريره تمسك الشافعي بالمصالح المستندة إلى كلي الشرع ــ فقال :

---

(١) الأم : ٧/٥٠ وانظر ضوابط المصلحة : ٣٧٨ ــ ٣٨٠ .

(٢) هو الذي يتصرف في ملك غيره بيعاً ونحوه ، فتوقف تصرفاته على إجازة المالك لدى بعض المذاهب ، ولدى بعضها تصرفه باطل اصلاً .

(٣) البحر المحيط للزركشي : مخطوط في مكتبة جامع الأزهر ــ تحت الرقم الخاص ٢٠ .

وقتل الجماعة بالواحد من هذا القبيل عند الشافعي رضي الله عنه ، فإنه عدوان وحَيْف[1] في صورته ، من حيث إن الله تعالى قيد الجزاء بالمثل فقال : « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به » / النحل : ١٢٦ / . ثم عدل أهل الإجماع عن الأصل المتفق عليه لحكمة كلية ومصلحة معقولة ، وذلك أن المماثلة لو روعيت ههنا لأفضى الأمر إلى سفك الدماء المفضي إلى الفناء ، إذ الغالب وقوع القتل بصفة الشركة ، فإن الواحد يقاوم الواحد غالباً ، فعند ذلك يصير الحيف في هذا القتل عدلاً ، عند ملاحظة العدل المتوقع منه ، والعدل فيه جور عند النظر إلى الجور المتوقع منه ، فقلنا بوجوب القتل دفعاً لأعظم الظلمين بأيسرهما . وهذه مصلحة لم يشهد لها أصل معين في الشرع ، ولا دل عليها نص كتاب ولا سنة ، بل هي مستندة إلى كلي الشرع ، وهو : حفظ قانونه في حقن الدماء ، مبالغة في حسم مواد القتل ، واستبقاء جنس الإنس .

وقال أيضاً : فتفرع عن هذا الأصل : أن القتل بالمثقل يوجب القصاص عند الشافعي رضي الله عنه ، فإنه باب لو فتح لاتخذ طريقاً إلى سفك الدماء ، وقد رأينا الشرع قتل الألف بواحد حسماً لمواد القتل ، فوجب أن يقتل القاتل بالمثقل حسماً لمواد القتل .

قال : ولهذه الحكمة وجب القصاص على المكره المتسبب في القتل ، فجعل الشافعي رضي الله عنه قتل الجماعة بالواحد أصلاً ، ثم ألحق به المثقل ، ثم ألحق به المكرِه على القتل ، ثم تدرج من الإكراه إلى شهود القصاص ، كل ذلك مبالغة في حقن الدماء .

٣ ـ الاستصلاح لدى الحنابلة :

على الرغم من أن أتباع الإمام أحمد ـ رحمه الله تعالى ـ لم ينصوا على اسم المصالح المرسلة في جملة ما نصوا عليه من أصوله التي اعتمدها في الاجتهاد ـ بل إنهم صرحوا بإنكارها ، كما نقلنا عن ابن قدامة[2] ـ فإنه لم يكن بمنجاة عن

---

(١) الحيف : الجور والظلم .

(٢) انظر : صفحة [٤٢] فقرة [٤] .

الأخذ بها ، وسبب عدم ذكرها في أصول اجتهاده أنه لم يكن يعد الاستصلاح أصلاً خاصاً ، بل كان يعتبره معنى من معاني القياس •

ومما يدل على أخذ أحمد وأصحابه بذلك ما نقله ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين فقال :

وهذه نبذة يسيرة من كلام الإمام أحمد رحمه الله في السياسة الشرعية :

ـ قال في رواية المروزي وابن منصور : والمخنث ينفى ، لأنه لايقع منه إلا الفساد والتعرض له ، وللإمام نفيه إلى بلد يأمن فساد أهله ، وإن خاف به عليهم حبسه •

ـ وقال في رواية حنبل ـ فيمن شرب خمراً في نهار رمضان ، أو أتى شيئاً نحو هذا ـ أقيم الحد عليه ، وغلظ عليه ، مثل الذي يقتل في الحرم دية وثلث •

ـ وقال في رواية حرب : إذا أتت المرأة المرأة تعاقبان وتؤدبان •

ـ ونص الإمام أحمد رضي الله عنه فيمن طعن على الصحابة : أنه قد وجب على السلطان عقوبته • وليس للسلطان أن يعفو عنه ، بل يعاقبه ويستتيبه ، فإن تاب وإلا أعاد العقوبة •

ثم قال ابن القيم :

ـ وصرح أصحابنا في أن النساء : إذا خيف عليهن المساحقة حرم خلوة بعضهن ببعض •

ـ وصرحوا بأن من أسلم وتحته أختان : فإنه يجبر على اختيار إحداهما ، فإن أبى ضرب حتى يختار ، قالوا : هكذا كل من وجب عليه حق فامتنع من أدائه ، فإنه يضرب حتى يؤديه [1] •

هذه بعض النقول من فقه المذاهب وأصولها تبين لنا اعتماد الجميع على الاستصلاح على وجه الإجمال ، وإن كانوا يختلفون في مدى الاعتماد عليه ، أو اعتماده على وجه الاستقلال أحياناً ، أو على سبيل الاستئناس أحياناً أخرى •

---

(١) اعلام الموقعين : ٤/٣٧٧ ـ ٣٧٨ . وانظر ابن حنبل:٢٩٧ ، ضوابط المصلحة: ٣٤٨ ، أثر الاختلاف ٤٤٦ •

ادلة القائلين بالاستصلاح :

احتج هؤلاء بأدلة عدة منها :

١ ــ ثبت بالاستقراء [١] أن الله تعالى إنما بعث الرسل عليهم الصلاة والسلام لتحصيل مصالح العباد ، وأن الأحكام الشرعية إنما شرعت لتحقيق مصالح الناس بجلب النفع لهم ودفع الضر عنهم ، فإذا كانت الواقعة فيها حكم شرعي ــ بنص أو إجماع ، أو بقياس على ما فيه نص أو إجماع ــ يتبع فيها هذا الحكم ، لأنه يحقق المصلحة ، وأما إذا لم يوجد نص ولا إجماع على الحكم في الواقعة ، ولا قياس عليهما ــ وكان فيها مصلحة ــ غلب على الظن أنها مطلوبة للشرع ــ لأنه حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله تعالى ــ وتأخذ هذه الواقعة حكماً شرعياً ، بناء على ما يتوخى فيها من مصلحة .

٢ ــ أن أصحاب النبي ﷺ عملوا أموراً كثيرة لم يتقدم لها شاهد بالاعتبار ، وإنما عملوها لمطلق ما فيها من مصلحة ، وما وقفوا مكتوفي الأيدي ، تاركين الكثير مما طرأ وجد من الحوادث ــ بعد وفاة رسول الله ﷺ ــ لأنه لم يشهد باعتبار ما فيها من مصلحة دليل من الشارع ، بل إنهم شرعوا لهذه الحوادث من الأحكام ما رأوا أن فيه تحقيق المصلحة مما يجلب النفع أو يدفع الضرر ، حسبما أدركته عقولهم ، واعتبروا ذلك كافيا لبناء الأحكام والتشريع ، وحوادثهم في ذلك كثيرة ومشهورة [٢] .

٣ ــ أن الوقائع والحوادث الجزئية لانهاية لها ولا حصر ، فالبيئات تتغير وتتطور ، والضرورات والحاجات تطرأ ، وقد تطرأ للأمة اللاحقة طوارىء لم تطرأ للأمة السابقة ، وقد تستوجب البيئة مراعاة مصالح ماكانت تستوجبها البيئة من قبل،

---

(١) الاستقراء : في المصباح المنير : استقرأت الأشياء تتبعت أفرادها لمعرفة أحوالها وخواصها .

(٢) انظر في هذه الحوادث : الاعتصام : ٢/١١٥ وما بعدها ، شرح تنقيح الفصول : ١٩٩

وعلى هذا : فالأحكام التي تحتاجها هذه الوقائع لاحصر لها ، والأصول الجزئية التي تقتبس منها المعاني والعلل محصورة متناهية ، والمتناهي لايفي بغير المتناهي ، فلا بد إذن من طريق آخر يتوصل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية ، وهذه الطريق هي النظر إلى مافي هذه الوقائع من جلب النفع ودفع الضرر وترتيب الحكم على ذلك ، استناداً إلى مقاصد الشرع على نحو كلي ، وهذا هو الاستصلاح •

وكذلك قد يؤدي تغيير أخلاق الناس وذممهم وأحوالهم إلى أن يصير مفسدة ما كان مصلحة ، فلو لم يفتح للمجتهدين باب التشريع بالاستصلاح لضاقت الشريعة الإسلامية عن مصالح العباد ، وقصرت عن حاجاتهم ، ولم تصلح لمسايرة مختلف الأماكن والأزمان والبيئات والأحوال ، وهذا خلاف المعهود فيها من المرونة والشمول والاتساع •

٤ ــ أن مجال العمل بالاستصلاح إنما هو في المعاملات ونحوها ، مما هو من قبيل العادات ، والأصل في هذا النوع من التكليفات الالتفات إلى المعاني والبواعث التي شرعت من أجلها الأحكام باتفاق الفقهاء ، وهذه المعاني والبواعث إنما هي المصالح التي بنيت عليها هذه الأحكام ، فهي إذن مصالح معقولة : يدرك العقل فيها حسن ما طالب به الشرع ، وقبح ما نهى عنه ، والله سبحانه أوجب علينا ما تدرك عقولنا نفعه ، وحرم علينا ما تدرك عقولنا ضرره ، فإذا حدثت واقعة لاحكم للشارع فيها ، وبنى المجتهد حكمه فيها على ما أدركه عقله من نفع أو ضرر ــ بناء على أن الإذن في شرع الله يدور مع المصلحة أينما دارت ــ كان حكمه على أساس صحيح معتبر لدى الشارع[١] •

ولقد استدل الرازي في [المحصول : ٢/٨٢٢ ــ ٨٢٥] ــ على وجوب القطع بكون الاستصلاح حجة ــ بالمنقول والمعقول :

---

(١) الموافقات : ٢/٣٠٠ ــ ٣٠٤ ، الاعتصام : ٢/١١٥ ، شرح تنقيح الفصول : ١٩٩ ، تخريج الفروع على الأصول : ١٦٩ ــ ١٧١

١ ــ أما المنقول : فالنص والإجماع :

ــ أما النص : فهو قوله تعالى : « فاعتبروا يا أولي الأبصار » / الحشر : ٢ / فهو أمر بالمجاوزة ، والاستدلال بكون الشيء مصلحة على كونه مشروعاً مجاوزة ، فيدخل تحت النص •

ــ أما الإجماع : فهو أن من تتبع أحوال الصحابة واجتهاداتهم علم ــ قطعاً ــ أن ما وضعه الفقهاء والأصوليون من الشرائط المعتبرة في تقرير الأقيسة ، وشرائط العلة والأصل والفرع ، ما كان الصحابة يلتفتون إليها ، وإنما كانوا يراعون المصالح وينظرون إلى المعاني ، التي علموا أن القصد من الشرائع رعايتها •

٢ ــ وأما المعقول :

فإنا إذا قطعنا بأن المصلحة الغالبة على المفسدة معتبرة قطعاً عند الشارع ــ لأن ترك الخير الكبير لأجل الشر القليل شر كثير ــ ثم غلب على ظننا أن هذا الحكم في هــذه الحادثة مصلحته غالبة على مفسدته ، تولد لدينا من هاتين المقدمتين ظن بأن هذه المصلحة معتبرة شرعاً ، وإذا ثبت ظن اعتبارها شرعاً وجب العمل بها ، لأن العمل بالظن واجب شرعاً •

ثم قال : بعد تقرير هذه الأدلة : فدل مجمــوع ماذكرنا على جــواز التمسك بالمصالح المرسلة •

والظاهر أن المراد بالجواز ليس على ظاهره ، لأنه ذكر الوجوب قبل الاستدلال له بقوله : إذا ثبت هذا وجب القطع بكونه حجة للمعقول والمنقول • ثم ذكر ما سبق من استدلال •

ما احتج به النافون للاستصلاح :

١ ــ أن المصالح المرسلة مترددة بين ما عهد من الشارع إلغــاؤه من المصالح وبين ما عهد منه اعتباره ، وليس إلحاقها بالمعتبر بأولى من إلحاقها بالملغى ، فيمتنع الاحتجاج بها حتى يشهد لها شاهد يدل على أنها من قبيل المعتبر لا الملغى • على أن

احتمال إلحاقها بأحد النوعين مجال للأهواء والشهوات ، فقد يغلب على المرء هواه ، فيرى عين المفسدة مصلحة والمضرة منفعة ، وعلى هذا : فالتشريع بناء على المصلحة المرسلة عرضة للزلل ، وباب للتشريع بالهوى ، فيمنع •

٢ ـ أن المصالح الحقيقية للناس قد راعاها الشارع : إما بتشريع أحكام لها ، وإما بالدلالة على اعتبارها لبناء التشريع عليها ، فما لم يشرع له الشارع أحكاماً ، مما يظن أنه من مصالح الناس ، ولم يدل على اعتباره بوجه من وجوه الاعتبـار ، لايصح بنـاء الحكم الشرعي عليه • والاستصلاح إنما هو بناء الحكم على مصلحة لم يعتبرها الشارع ، ولم يدل على اعتبارها ، فلا يكون الحكم المستفاد منه حكماً شرعيـاً •

٣ ـ ما استدل به الشافعي رحمه الله تعالى في إبطـال القول بالاستحسان ، وملخصـه :

أن الله سبحانه لم يترك الناس سدى ، من غير أن يشرع لهم ما يكفل تحقيق مصالحهم ، وكان ذلك فيما شرعه لهم من أحكام في كتابه وعلى لسان رسوله ﷺ ، وفيما هدى إليه أهل العلم فأجمعوا فيه على حكم لم يختلفوا فيه ، وفيما أرشدهم إليه ـ إن تنازعوا في شيء ليس فيه حكم لله و لالرسوله ، ولم يجمع عليه أهـل العلم ـ أن يردوه إلى حكم الله ورسوله بالقياس عليه ، وبهذا أكمل لهم شرعه وأتم عليهم نعمته • ولو كانت مصالح الناس تحتاج إلى أكثر مما شرعه ، ومما أرشد إلى الاهتداء به ، لبينه ولم يتركه ، لأنه سبحانه لم يترك الإنسان سدى [١] •

وهذا بنـاء على ما مر من أن الاستحسان في تعبير الشافعي رحمه الله تعـالى يشمل الاستصلاح والاستحسان في اصطلاح الأصوليين والفقهاء •

---

(١) الإحكام : ٤/١٤٠ ، العضد على ابن الحاجب : ٢/٢٨٩ ، الأم : ٧/٢٧٠ ، مصادر التشريع : ٩١ ـ ٩٥

شروط العمل بالمصلحة المرسلة :

ولقد لاحظ الدارسون للمذهب المالكي ، المتعرفون لمناهج الاستنباط فيه : أن استرسال مالك في الأخذ بالمصالح المرسلة كان يتجه فيه إلى قيود تنفي محاذيره حتى لايكون تقدير المصلحة تابعاً للأهواء والشهوات ، وتلك القيود هي :

١ ـ الملاءمة بين المصلحة الملحوظة ومقاصد الشرع في الجملة ، بحيث لاتنافي أصلا من أصوله ولا دليلا من أدلته القطعية،بل تكون من جنس المصالح الكلية التي قصد الشارع إلى تحصليها ، أو قريبة منها ليست غريبة عنها ، وإن لم يشهد لها دليل خاص بالاعتبار .

٢ ـ أن تكون معقولة في ذاتها ،جرت على المناسبات المعقولة التي إذا عرضت على أهل العقول تلقتها بالقبول ، وأن لاتكون في التعبدات أو ما جرى مجراها من المقدرات .

٣ ـ أن يكون في الأخذ بها حفظ أمر ضروري ، أو رفع حرج لازم في الدين، بحيث لو لم يؤخذ بتلك المصلحة المعقولة في موضعها لكان الناس في حرج ، والله تعالى يقول : « وما جعل عليكم في الدين من حرج »(١) / الحج : ٧٨ / .

وختاماً للبحث : الذي يترجح عندي ــ والله أعلم ــ أن العمل بالمصالح المرسلة والقول بالاستصلاح ــ بشروطه وقيوده التي ذكرها العلماء ــ أمر سائغ مقبول ، يتفق مع روح الشريعة الإسلامية التي جاءت برعاية مصالح العباد ، فطلبت منهم ــ أو أباحت لهم ــ كل ما يجلب لهم النفع ، وحرمت عليهم ــ أو كرهت لهم ــ كل ما يحقق لهم ضرراً أو يجلب لهم مفسدة .

---

(١) الاعتصام : ١٢٩/٢ ــ ١٣٣ ، وانظر مالك : ٤٠٢ ، ابن حنبل : ٣٠٢ .
هذا وقد ذكر الغزالي أنه يشترط ــ لاعتبار المصلحة ــ أن تكون ضرورية وعامة وقطعية ، انظر المستصفى : ١٤١/١ وما بعدها ، مصادر التشريع الإسلامي : ٩٩

والذي يؤيد هذا الترجيح النصوص الكثيرة المأثورة عن الشارع ، والتي تعلل الأحكام بمصالح العباد[1] ، وما أثر عن الصحابة رضي الله عنهم من رعاية المصالح في كثير من فتاواهم وقضاياهم ، وكذلك فعل ــ من بعدهم ــ التابعون والأئمة المجتهدون[2] ، ولا أدل على هذا مما ذكرناه من أقوال مشاهير الفقهاء والأصوليين ، وما نقلناه من شواهد في فقه الأئمة المعتبرين . وما نراه من اختلاف في الفروع التي اعتمد فيها بعضهم على المصلحة المرسلة ، وخالفه فيها غيره أو وافقه ،إنما هو راجع إلى التوسع في هذا الباب أو التضييق ، وترجيح بعض الأدلة لدى الأئمة على بعض .

وما نسب إلى بعض الأئمة من إنكارهم للعمل بالمصلحة إنما هو منصب على ما يتوهم أنه مصلحة ، ويؤخذ به مجرداً عن كل قيد وشرط ، وهذا مما لاشك أنه باطل ومردود . ولايقول به أحد من المسلمين ، فضلا عن الأئمة المجتهدين ، رحمهم الله تعالى ورضي عنهم .

★ ★ ★

---

(١) انظر الموافقات في أكثر من موضع في الجزء الثاني منه .

(٢) انظر ضوابط المصلحة : الاستصلاح لدى الصحابة والتابعين والأئمة الأربعة .

الفصل الثاني

أثر الاستصلاح في اختلاف الفقهاء

وفيه المسائل الآتية :

١ ـ ضمان المبيع قبل القبض

٢ ـ رد المعيب من المبيعات

٣ ـ تضمين الصناع

٤ ـ ضمان الرهن

٥ ـ اشتراك العصبة وذوي السهام في الشفعة

٦ ـ تعليق طلاق الأجنبية على الزواج منها

٧ ـ تطليق القاضي على المولي

٨ ـ قتل الجماعة بالواحد

٩ ـ قطع الأيدي باليد الواحدة

١٠ ـ مشاركة من لاقصاص عليه في القتل

١١ ـ تغريب الزاني البكر

١٢ ـ الغرم على السارق

١٣ ـ شهادة الصبيان في الجراح

١٤ ـ تحليف المدعى عليه

١٥ ـ حبس المدين المدعي المفلس

رغم ما ذكر من اعتماد الأئمة على المصالح ، ووجود الاستصلاح في فقههم ، فقد كان للقول به واعتباره دليلا مستقلا كبير أثر في اختلاف الأئمة في كثير من المسائل الفقهية، إذ وجد العديد من المسائل التي اعتمد فيها مالك رحمه الله تعالى على اعتبار المصالح المرسلة وترتيب الحكم عليها ، وقد خالفه غيره من الأئمة في الكثير من هذه المسائل ، وإذا وافقوه ــ أو وافقه بعضهم ــ في الحكم فلم يوافقوه لقولهم بالاستصلاح ، وإنما لدليل آخر قام عندهم ، فكان اتفاقهم على الحكم من باب توافق الأدلة وإن اختلفت المآخذ • على أننا نجدهم ــ جميعاً ــ أحيانا يستدلون بالمصلحة أو يدعمون استدلالهم بها كما أشرنا إلى ذلك •

وسأعرض في هذا الفصل ــ إن شاء الله تعالى ــ أبرز هذه المسائل[1] ، مبيناً قول كل إمام من الأئمة وحجته فيها •

المسألة الأولى : ضمان المبيع قبل القبض :

اتفق الأئمة على أن المشتري إذا قبض المبيع دخل في ضمانه ، واختلفوا في ضمانه قبل القبض : هل هو من ضمان البائع أو من ضمان المشتري ؟ •

١ ــ ذهب الشافعي وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى إلى : أن المبيع لا يدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه ، فإن أصابه شيء قبل القبض كان من ضمان البائع •

قال النووي في المنهاج [٢/٦٥] : المبيع قبل قبضه من ضمان البائع •

وقال الشافعي في الأم [٣/٤] : وإن تقابضا وهلكت السلعة في يد المشتري قبل التفرق أو الخيار ، فهو ضامن لقيمتها بالغاً ما بلغ ، كان أقل أو أكثر من ثمنها

(١) يلاحظ أن بعض المسائل يمكن اعتبارها من نوع الاستحسان عند مالك رحمه الله تعالى ، الذي يشبه استحسان الحنفية ، ولكني آثرت ذكرها فيما يتفرع عن القول بالاستصلاح ، لأن الاستحسان فرع منه عند المالكية ، وداخل فيه .

لأن البيع لم يتم فيها، وإن هلكت في يد البائع قبل قبض المشتري لها ــ وقبل التفرق أو بعده ــ انفسخ البيع بينهما ، ولا تكون من ضمان المشتري حتى يقبضها .

وقال ابن الهمام في فتح القدير [٥/١٠٩] : وما لم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه .

٢ــ وذهب أحمد رحمه الله تعالى إلى أن المبيع ــ إذا كان طعاماً ــ لايدخل في ضمان المشتري إلا بعد القبض ، وأما غير الطعام : فإنه يدخل في ضمانه وإن لم يقبضه .

قال الخرقي : إذا وقع البيع على مكيل أو على موزون أو معدود فتلف قبل قبضه فهو من مال البائع ، وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض ، وإن تلف فهو من مال المشتري .

والمراد بالمكيل والموزون والمعدود هنا الطعام ، وما عداه غير الطعام .

وقال القاضي وأصحابه : المراد بالمكيل والموزون والمعدود ماليس بمتعين منه ، كالقفيز من صبرة .. فأما المتعين فيدخل في ضمان المشتري ، كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل .

وقد نقل عن أحمد مايدل على قولهم ، قال في رواية أبي الحارث : في رجل اشترى طعاماً ، فطلب من يحمله ، فرجع وقد احترق الطعام ، فهو من مال المشتري .

قال ابن قدامة : ونقل عن أحمد أن المطعوم لايجوز بيعه قبل قبضه ، سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو لم يكن . قال ابن عبد البر : الأصح عن أحمد بن حنبل : أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام . قال ابن قدامة : وهذا يقتضي أن الطعام خاصة لايدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه . [المغني : ٤/ ٨٢ ــ ٨٤] .

٣ ــ وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى التفريق : بين ما يجب فيه على البائع حق توفيه ، ومالا يجب فيه حق توفية ، وبين ماهو حاضر ، وما هو غائب .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/١٨٤] : وأما مالك فله في ذلك تفصيل ، وذلك أن المبيعات عنده في هذا الباب على أقسام :

ـ بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل أو عدد .

ـ وبيع ليس فيه حق توفية ، وهذا : الجزاف أو مالا يوزن ولا يكال ولا يعد.

فأما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري إلا بعد القبض .

وأما ما ليس فيه حق توفية :

وهو حاضر ، فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه .

وأما المبيع الغائب : فعن مالك فيه ثلاث روايات :

ـ أشهرها أن الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المشتري .

ـ أنه من المبتاع إلا أن يشترطه على البائع .

ـ الفرق بين ماليس بمأمون البقاء إلى وقت الاقتضاء ، كالحيوان والمأكولات، وبين ما هو مأمون البقاء .

٤ ـ وذهب أهل الظاهر إلى أن المبيع يدخل في ضمان المشتري بالعقد .

جاء في المحلى لابن حزم [٣٤٣/٩] : ١٤٢٢ ـ مسألة : وكل بيع صح وتم ، فهلك المبيع إثر تمام البيع ، فمصيبته من المبتاع ، ولا رجوع له على البائع .

الأدلـة :

١ ـ عمدة القائلين بعدم الضمان قبل القبض مطلقاً :

ماورد من النهي عن بيع مالم يقبض وربح مالم يضمن ، فإن المراد بربح مالم يضمن هو بيع المبيع قبل قبضه ، وهذا يدل على أن المبيع قبل القبض غير داخل في ضمان المشتري ، ولذلك كان بيعه له ربح مالم يضمن .

وكذلك المشتري ليس له حق التصرف في المبيع قبل القبض ، فكما أنه لايجوز له بيعه لايجوز له هبته أو أي تصرف آخر فيه ، ولو كان داخلاً في ضمانه قبل القبض لجاز تصرفه فيه . وهذا المعنى متحقق في كل مبيع ، لافرق في ذلك بين مبيع وآخر ، للأدلة الآتيـة :

ـ حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه قال : يا رسول الله إني أبيع بيوعـاً كثيرة ، فما يحل لي منها مما يحرم ؟ قال : (لاتبع ما لم تقبضه) [1] وهذا عـام في كل مبيـع •

ـ حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه : أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم • رواه أبو داود [٣/٢٨٢] وسكت عنه •

وهذا أيضاً ظاهر في المطلوب •

ـ حديث : (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه) [البخاري : ٣/٨٨] قال ابن عباس رضي الله عنهما : ولا أحسب كل شيء إلا مثله [البخاري : ٣/٨٩] •

قال الشافعي رحمه الله [الأم : ٣/٦٠] بعد ذكره قـول ابن عباس رضي الله عنهما : وبهذا نأخذ ، فمن ابتاع شيئاً كائناً ماكان فليس له أن يبيعه حتى يقبضه ، وذلك أن من باع مالم يقبض فقد دخل في المعنى الذي يروي بعض الناس عن النبي ﷺ : أنه قال لعتاب بن أسيد حين وجهه إلى أهل مكة : (انههم عن بيع مالم يقبضوا وربح مالم يضمنوا) • قال : هذا بيع مالم يقبض وربح مالم يضمن ، وهذا القياس على حديث النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام حتى يقبض •

[المجموع : ٩/٢٩٦ ، مغني المحتاج : ٢/٦٥ ـ ٦٨ ، بداية المجتهد : ٢/١٨٤]

٢ ـ حجة الحنابلة :

أ ـ في عدم ضمان الطعام :

أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، وعموم قوله ﷺ : (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه) وفي رواية : (حتى يقبضه) [البخاري : ٣/٨٩ ، ٩٠] ومفهومها إباحة ما سوى الطعام قبل قبضه •

---

(١) قال الشوكاني : حديث حكيم بن حزام رواه أحمد ، وأخرجه الطبراني في الكبير ، وفي إسناده العلاء بن خالد الواسطي ، وثقه ابن حبـان ، وضعفه موسى بن إسماعيل . نيل الأوطار : ٥/١٦٨

ـ حديث ابن عمر رضي الله عنهما : رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة [١] يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى يؤوه إلى رحالهم • وعنه كنا نشتري الطعام من الركبان فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه [البخاري : ٣/٨٩ ، ٩٠] وهذان الحديثان نص في النهي عن بيع المعين من الطعام قبل قبضه •

ـ قال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن قوله : نهى عن ربح مالم يضمن ؟ قال : هذا في الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب فلا يبيعه حتى يقبضه •

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاماً فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه •

قال ابن قدامة : وهذا يدل على تعميم المنع في كل طعام ، مع تنصيصه على المبيع مجازفة بالمنع ، ويدل بمفهومه على أن ماعدا الطعام يخالفه في ذلك •

قال : ولو دخل في ضمان المشتري جاز له بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض•

ب ـ حجتهم في ضمان غير الطعام : قوله ﷺ : (الخراج بالضمان)[٢] ، والاتفاق على أن نماء المبيع وخراجه قبل القبض للمشتري ، فضمانه عليه •

ـ وقالوا : ولأن هذا المبيع لايتعلق به حق توفيه ، وهو من ضمانه بعد قبضه، فكان من ضمانه قبله ، كالميراث •

ـ وقالوا : وتخصيص النبي ﷺ الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له [٣] •

---

(١) الجزاف والمجازفة : بيع الشيء أو شراؤه دون أن يعلم كيله أو وزنه .

(٢) اخرجه ابو داود عن عائشة رضي الله عنها : ٣/٢٨٤ ، وكذلك ابن ماجه : ٢/٧٥٤ وغيرهما .

(٣) المغني ٤/٨٣ ـ ٨٥

٣ ــ حجــة المالكية :

وأمــا مالك رحمه الله تعــالى : فعمدته في التفصيــل الذي ذهب إليــه المصلحة المرسلة •

قال ابن رشد في بداية المجتهد [٢/١٨٤] : وأما تفريق مالك بــين الغائب والحاضر ، والذي فيه حــق توفية وماليس فيه حــق توفية استحســان ، ومعنى الاستحسان عنده في أكثر الأحيان التفات إلى المصلحة والعدل • ووجه هذه المصلحة ــ على مايبدو ــ أن المبيع الذي فيه حق توفية من كيل أو عد أو وزن ، والمبيــع الغائب : كل منهما ليس للمشتري سلطة عليه ، و لايتيسر له إحرازه ، لأن إحرازهما يتوقف على الكيل وغيره في الأول ، حتى يتميز المبيع عما سواه ، وعلى الإحضار في الثاني ، فإذا قلنا : دخل المبيع في ضمان المشتري فيهما قبل القبض ، كان في ذلك ظلم له وإجحاف في حقه ، لأنه ربما قصر البائع بالتوفية أو الإحضار ، لعلمه بخروج المبيع من ضمانه ، وبالتالي يعرض المبيع للتلف قبل القبض ويضيع مال المشتري • وهذا المعنى غير متوفر إذا كان المبيع حاضراً ولا يحتاج إلى كيل أو وزن أو سواه ، لأن المشتري مسلط عليه ، وإحرازه غير متوقف على شيء ، فيمكنه قبضه ، وليس في دخوله في ضمانه قبل القبض عنت له ، بل ربما لو علم أنه غير ضامن له لقصر في قبضه ، فكان في ذلك عنت للبائع ، والله أعلم •

٤ ــ وأما الذين قالوا بدخوله في ضمان المشتري قبل القبض مطلقاً : فحجتهم الاتفاق على أن الخراج قبل القبض للمشتري ، وقد قال عليه الصــلاة والسلام : (الخراج بالضمان) [بداية المجتهد : ٢/١٨٤] •

المسألة الثانية : رد المعيب من المبيعات :

إذا اشترى المشتري أنواعاً من المبيعات في صفقة واحدة ، فوجد أحدها معيباً ، فهل يرجع بالجميع ، أو يرد الذي وجد فيه العيب خاصة ؟

اتفقوا ــ فيما إذا كان قد سمى مالكل واحد من تلك المبيعات من القيمة ــ على أنه يرد المبيع المعيب بعينه فقط [بداية المجتهد : ٢/١٧٧] •

وكذلك : فيما إذا كان أحد المبيعين أو المبيعات تتصل منفعته بالآخر أو ينقصه التفريق ، فالاتفاق أيضاً على أنه يرد الجميع ، أو يمسك الجميع ويأخذ الأرش ٠ [المغني : ١٢١/٤ ، فتح القدير : ١٧٥/٥ ، مغني المحتاج : ٦٠/٢]

واختلفوا فيما إذا كان أحد المبيعات لاتتصل منفعته بغيره ولا ينقص بالتفريق، ولم يسم في العقد مالكل واحد من المبيعات من القيمة ؟ ٠

١ــ ذهب الشافعي رحمه الله تعالى ــ في الأظهر من قوليه ــ إلى أنه : ليس له إلا رد الجميع أو إمساك الجميع ، وليس له رد المعيب وحده ٠

قال المزني في مختصره [٢٠٢/٢] وقال في الإملاء على الموطأ : ولو اشترى جاريتين فأصاب بإحداهما عيباً ، فليس له أن يردها بحصتها من الثمن ٠

وقال في المنهاج [٦٠/٢] : ولو ظهر عيب أحدهما دون الآخر ردهما ، لا المعيب وحده في الأظهر ٠

٢ ــ وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان : الأولى : كقول الشافعي ، والثانية : أنه يرد المعيب خاصة بقسطه من الثمن ٠

قال ابن قدامة في المغني [١٢١/٤] : وإن اشترى عينين فوجد بإحداهما عيباً : وكانا مما ينقصهما التفريق ، أو مما لايجوز التفريق بينهما ــ كالولد مع أمه ــ فليس له إلا ردهما جميعاً ، أو إمساكها وأخذ الأرش ٠ وإن لم يكونا كذلك ففيهما روايتان :

أ ــ ليس له إلا ردهما ، أو أخذ الأرش مع إمساكهما ٠

ب ــ له رد المعيب وإمساك الصحيح ٠

ولعل المذهب هو الرواية الثانية ، قال في غاية المنتهى [٤١/٢] : ومن اشترى معيبين أو معيباً في وعاءين صفقة لم يملك رد أحدهما بقسطه إلا إن تلف الآخر ، ويقبل قوله بيمينه في قيمة تالف ، ومع عيب أحدهما فقط فله رده بقسطه ، لا إن نقص بتفريق كمصراعي باب وزوجي خف ٠

٣ ــ وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى أنه : إذا وجد العيب قبل القبض رد الجميع أو أمسك الجميع ، وإذا وجده بعد القبض رد المعيب خاصة •

قال ابن الهمام في فتح القدير [٥/١٧٥] : قال أصحابنا : إذا اشترى عبدين صفقة فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض رده خاصة ، وإن كان قبل القبض ردهما •

٤ ــ وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أنه : إن كان المعيب وجه الصفقة ، وهو المقصود بالشراء رد الجميع ، وإن لم يكن كذلك رده بقيمته من الثمن •

قال ابن رشد : وفرق مالك فقال : ينظر في المعيب ، فإن كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع ، وإن لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته •
[بداية المجتهد : ٢/١٧٧ ، وانظر الموطأ : ٢/٦١٥]

الأدلــة :

حجة الشافعي رحمه الله تعالى ومن قال بقوله في منع التبعيض بالرد :

ــ أن فيه تفريق الصفقة على البائع من غير ضرورة •

قال في الإملاء : وذلك أنهــا صفقة واحدة فلا ترد إلا معــاً ، كما لايكون له ــ لو بيع من دار ألف سهم وهو شفيعها ــ أن يأخذ بعض السهمان دون بعض •

ــ الغرر في جهالة الثمن ، وذلك أن المردود بالعيب يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشتري والبائع ، وكذلك الذي يبقى إنما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها ، ومن الممكن أنه لو بعضت السلعة في العقد لم يشتر البعض بالقيمة التي أقيم بها ، وذلك لايجوز ، كما في ابتداء العقد •

قال في الإملاء أيضاً : وإنما منعت أن يرد المعيب بحصته من الثمن أنه وقع غير معلوم القيمة ، وإنما يعلم بعد ، وأي شيء عقداه برضاهما عليه كذلك كان فاسداً ، لايجوز أن أقول : أشتري منك الجارية بهاتين الجاريتين على أن كل واحدة منهمــا بقيمتها منها ، ولو سميت أيتهما أرفع ، لأن ذلك على أمر غير معلوم •
[الأم : ٢/٢٠٢ هامش ، مغني المحتاج : ٢/٦٠] •

٢ ـ وحجة الرواية الثانية عن أحمد في رد المعيب خاصة :

أن المبيعات طالما لاتنقص بالتفريق ، لايكون في رد المعيب خاصة ضـرر على البائع ، وإذا كان رد المعيب على وجه لاضرر فيه على البائع جاز ، كما لو رد الجميع. وحجته في الأولى كحجة الشافعي . [المغني : ١٢١/٤] .

٣ ـ وحجة أبي حنيفة رحمه الله تعالى في التفريق قبل القبض وبعده: أن القبض من تمام البيع ، لأن له شبها بالعقد : فبالقبض يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ، وعلى هذا يكون القبض من تمام الصفقة . ورد المعيب وحـده قبل القبض تفريق للصفقة قبل تمامها ، وتفريق الصفقة قبل تمامها لايجوز ، لأنه كالتفريق في نفس العقد ، كما لو قال : بعتكهما بألف ، فقـال : قبلت في هـذا بخمسمائة فإنه لايجوز .

وأما بعد القبض : فقد تمت الصفقة ، والتفريق بعد التمام جائز شرعاً ، بدليل أنه لو استحق أحدهما بعد القبض ليس له أن يرد الآخر ، بل يرجع بحصة المستحق على البائع ، مع أنه تفريق الصفقة على المشتري . والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليسه ، لأن الظاهر أن البائع عالم بحال المبيع ، فلا يلزم المشتري ، وصار كما لو سمى لكل واحد ثمناً ، أو شرط الخيار في أحدهما لنفسه .
[الهداية وشرحها : ١٧٤/٥ ـ ١٧٥] .

٤ ـ وأما مالك رحمه الله تعالى فحجته في هذه المسألة المصلحة المرسلة ، قال ابن رشد : وأما تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسان منه ، لأنه رأى أن ذلك المعيب إذا لم يكن مقصوداً في المبيع فليس كبير ضرر في أن لايوافق الثمن الذي أقيم به ـ أراده المشتري أو البائع ـ وأما عندما يكون مقصوداً أوجل المبيع فيعظم الضرر في ذلك [بداية المجتهد : ١٧٨/٢] .

ولمالك رحمه الله تعالى دليل آخر في هذه المسألة وهو عمل أهل المدينة [١] .

---

(١) سيأتي معنا ـ إن شاء الله تعالى ـ أن عمل أهل المدينة حجة عند مالك .

قال في الموطأ [٢/٦١٥] : الأمر عندنا ــ فيمن ابتاع رقيقاً في صفقة واحدة ، فوجد في ذلك الرقيق عبداً مسروقاً ، أو وجد بعبد منهم عيباً ، أنه ينظر فيما وجد مسروقاً ، أو وجد به عيباً : فإن كان هو وجه ذلك الرقيق ، أو أكثره ثمناً ، أو من أجله اشترى ، وهو الذي فيه الفضل فيما يرى الناس ، كان ذلك البيع مردوداً كله• وإن كان الذي وجد مسروقاً ، أو وجد به العيب من ذلك الرقيق في الشيء اليسير منه ، ليس هو وجه ذلك الرقيق ، ولا من أجله اشتري ، ولا فيه الفضل فيما يرى الناس ، رد ذلك الذي وجد به العيب ، أو وجد مسروقاً بعينه ، بقدر قيمته من الثمن الذي اشترى به أولئك الرقيق •

وواضح أن ذكر الرقيق هنا تمثيل وليس بتخصيص ، فما يقال في الرقيق يقال في غيره من المبيعات •

المسألة الثالثة : تضمين الصناع :

لاخلاف بين الأئمة في : أن الأجير الخاص [١] ليس بضامن لما هلك في يده ــ مما استؤجر عليه ــ إلا أن يتعدى ، فإذا تعدى فلا خلاف ــ أيضاً ــ أنه ضامن لما جنت يداه •

واختلفوا في الأجير المشترك ــ وهو ما يسمونه بالصانع ــ هل يضمن ما ادعى هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليه ولو لم يتعد ، أو أنــه لا يضمن إلا بالتعدي كالأجير الخاص ؟

---

(١) الاجراء على ضربين : خاص ومشترك :

فالخاص : هو الذي يقع معه على مدة معلومة ، يستحق المستاجر نفعه في جميع المدة ، ويستحق الاجر ولو لم يعمل شيئاً . وقيل : الذي يعمل في منزل المستأجر ، وقيل : هو الذي لم ينتصب للناس ، وذلك : كرجل استؤجر لخدمة ، أو عمل في بناء، أو خياطة ، أو رعاية ، يوماً أو شهراً .

والمشترك : الذي يقع العقد معه على عمل معين : كخياطة ثوب ، وبناء حائط ، وحمل شيء إلى مكان معين . ويتقبل اعمالاً لاثنين وثلاثة واكثر في وقت واحد ، ولا يستحق الأجر إلا بالعمل .

[انظر : المغني ٥/٣٨٨ ، بداية المجتهد : ٢/٢٢٩ ، كشف الأسرار : ٣/٢١٨] .

١ ــ ذهب مالك وأحمد ــ رحمهما الله تعالى ــ إلى : أنه ضامن مطلقاً •

قال في بداية المجتهد [٢/٢٢٩] : وأمــا تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم ، فإنهم اختلفوا في ذلك : فقال مالك : • • • يضمنون ماهلك عندهم •

وقال الخرقي : وما حدث في السلعة في يد الصانع ضمن •••

قال ابن قدامة : الأجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الخرقي ، وهو ضامن لما جنت يداه • وقال : فالحائك إذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد ، نص أحمد على هذه المسألة في رواية ابن منصور [المغني : ٥/٣٨٨] •

٢ ــ وذهب الشافعي وأبو حنيفة ــ وزفر من أصحابه ــ رحمهم الله تعالى إلى أنه لايضمن إلا بالتعدي •

جاء في الأم [٣/٢٦٤] : قال الربيع : الذي يذهب إليه الشافعي فيما رأيت أنه لاضمان على الصنــاع إلا ماجنت أيديهم ، ولم يكن يبوح بذلك خوفاً مــن الضياع [1] •

وقال في بداية المبتدي [٧/٢٠٠ ــ ٢٠١] : الأجراء على ضربين : أجير مشترك ، وأجير خاص : فالمشترك من لايستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار ، والمتاع أمانة في يده ، إن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول زفر •
[انظر : كشف الأسرار : ٣/٢١٨ ، شروح المنار : ٧٣٥]

٣ ــ وذهب أبو يوسف ومحمد ــ من أصحاب أبي حنيفة ــ رحمهم الله تعالى إلى أنه ضامن لما هلك في يده ، إذا كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة ونحوها ، فأما إذا لم يمكن الاحتراز عنه ــ كالغرق والحريق الغالب ــ فلا ضمان عليــه •

قال في بداية المبتدي [٧/٢٠٠ ــ ٢٠١] : ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر •

---

(١) اي : خوفاً من أن يتساهل الصناع فتضيع حقوق الناس .

الأدلـة :

١ ـ القائلون بالتضمين :

أ ـ أما مالك رحمه الله تعالى : فعمدته في هذا العمل بالمصلحة المرسلة • قال في بداية المجتهد : ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة •

ووجه هذه المصلحة أنهم لو لم يضمنوا لاستهانوا بالمحافظة على أمتعة الناس وأموالهم ، وفي الناس حاجة شديدة إليهم ، فكانت المصلحة في تضمينهم ، ليحافظوا على ما تحت أيديهم • [بداية المجتهد : ٢/٢٣٠ ، وانظر مالك : ٣٩٩] •

ب ـ واحتج أحمد وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى بعمل الصحابي[١] ، وذلك : ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما : أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك •

ـ وروي عن علي رضي الله عنه : أنه كان يضمن الأجراء ، ويضمن الصباغ والصواغ ويقول : لايصلح الناس إلا هذا •

ودعم الحنابلة قولهم هذا : بأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه ـ ودليل ذلك : أنه لايستحق العوض إلا بالعمل ، وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه ، وكان ذهاب عمله من ضمانه ـ وإذا كان عمله مضموناً عليه ، وجب أن يكون ماتولد من العمل أيضاً مضموناً عليه •

ودعم الحنفية قول أبي يوسف ومحمد : بأن الحفظ مستحق على الصانع ، إذ لايمكنه العمل إلا به ، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه ـ كالغصب والسرقة ـ كان التقصير من جهته فيضمنه • وقاسوا ذلك على الوديعة إذا كانت بأجر ، فإنه يضمن وإن كانت العين عنده أمانة ، ولذلك قالوا : لايضمن إذا هلك بالحريق الغالب وغيره ، لأن التقصير لم يكن من جهته ، لأن الهلاك حصل بسبب لايمكن الاحتراز عنه •

ومن عمدتهما ـ أيضاً في هذه المسألة ـ الاستحسان ، فقد جاء في الهداية : لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما ، لصيانة أموال الناس •

---

(١) سيأتي بيان احتجاج الأئمة بمذهب الصحابي في الباب الخامس •

والظاهر : أن قولهما هـو المفتى به عند الحنفية ، فقد جاء في حاشية سعدي جلبي : قال الزيلعي : وبقولهما يفتى اليوم ، لتغير أحـوال الناس ، وبه يحصـل صيانة أموالهم . [المغني : ٥/٣٨٨ ـ ٣٨٩ ، الهداية وشرحها : ٧/٢٠٠ ـ ٢٠٥] .

٢ ـ وأما القائلون بعدم الضمان :

فحجتهم في ذلك : القياس على الأجير الخاص والمودع ، وذلك أن العين في يد كل منهم أمانة ، لأن القبض حصل بإذن المالك ، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ، ولو كان مضموناً لضمنه ، كما في المغصوب .

ودعم الحنفية قول أبي حنيفة بأن الضمان نوعان : ضمان جبر ، وضمان شرط .

وضمان الجبر : يجب بالتعدي والتفويت ، ولم يوجد ، لأن قطـع يد المالك حصل بإذنه ، والحفظ لا يكون خيانة .

وضمان الشرط : يجب بالعقد ، ولم يوجد عقد موجب للضمان ، فبقيت العين أمانة في يده ، فلا يضمن بالهلاك كالوديعة .

[كشف : ٣/٢١٨ ، وانظر شروح المنار : ٧٣٥ ، الهداية وشروحها : ٧/٢٠٠ـ٢٠٥].

وقال الشافعي في الأم [٣/٢٦١ ـ ٢٦٤] مبيناً حجته ومناقشاً لمخالفيه :

الأجراء كلهم سواء ، فإذا تلف في أيديهم شيء من جنايتهم ، فلا يجوز أن يقال إلا واحد من قولين :

ـ أن يكون من أخذ الكراء على شيء ، كان له ضامناً حتى يؤديه على السلامة، أو يضمنه ، أو ما نقصه . ومن قال هذا القول فينبغي أن يكون من حجته أن يقول : الأمين هو من دفعت إليه راضياً بأمانته ، **لا معطى أجراً على شيء مما دفعت إليه ،** وإعطائي هذا الأجر ، تفريق بينه وبين الأمين الذي أخذ ما استؤمن عليه بلا جعل .

ـ أو يقول قائل : لا ضمان على أجير بحال ، من قِبَل أنه إنما يضمن من تعدى فأخذ ما ليس له ، أو أخذ الشيء على منفعة له فيه : إما بتسلط على إتلافه ، كما يأخذ سلفاً ، فيكون مالاً من ماله ، فيكون إن شاء ينفقه ويرد مثله .

وإما مستعير سلط على الانتفاع بما أعير ، فيضمن ، لأنه أخذ ذلك لمنفعة نفسه، لا لمنفعة صاحبه فيه •

وهذان معاً نقص على المسلف والمعير ، أو غير زيادة له ، والصانع والأجير : من كان ليس في هذا المعنى ، فلا يضمن بحال إلا ماجنت يده ، كما يضمن المودع ما جنت يده •

وإذا ثبت أنه لاضمان على الأجراء ، فلا فرق بين أجير وأجير إلا بدليل ولا دليل على الفرق • قال الشافعي : وليس في هذا سنة أعلمها ، ولا أثر يصح عند أهل الحديث ، عن أحد أصحاب النبي ﷺ • وقد روي فيه شيء عن عمر وعلي ليس يثبت عند أهل الحديث عنهما ، ولو ثبت عنهما لزم من يثبته أن يضمن الأجراء من كانوا ، فيضمن أجير الرجل وحده ، والأجير المشترك ، والأجير على الحفظ والرعي وحمل المتاع ، والأجير على الشيء يصنعه ، لأن عمر : إن كان ضمن الصناع ، فليس في تضمينه لهم معنى إلا أن يكون ضمنهم بأنهم أخذوا أجراً على ما ضمنوا ، فكل من كان أخذ أجراً فهو في معناهم • وإن كان علي رضي الله عنه : ضمن القصار والصائغ فكذلك كل صانع وكل من أخذ أجرة • وقد يقال للراعي : صناعته الرعية ، وللحمال : صناعته الحمل للناس ، ولكنه ثابت عن بعض التابعين ما قلت أولاً : من التضمين أو ترك التضمين •

وقال : وثابت عن عطاء بن أبي رباح أنه قال : لاضمان على صانع و لا على أجير ، فأما ماجنت أيدي الأجراء والصناع : فلا مسألة فيه فهم ضامنون ،كما يضمن المستودع ما جنت يده ، ولأن الجناية لاتبطل عن أحد ، وكذلك لو تعدوا ضمنوا •

المسالة الرابعة : ضمان الرهن في يد المرتهن :

اتفق الأئمة على أن الرهن إذا هلك بتعدي المرتهن فهو ضامن له • واختلفوا في الرهن يهلك عند المرتهن من غير تعد منه ، هل هو من ضمان الراهن أو من ضمان المرتهن ؟

١ ــ ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى : أن الرهن أمانة في يد المرتهن ، والقول قوله مع يمينه أنه مافرط فيه وما جنى عليه ، فإذا هلك من غير تفريط ولا جناية فهو من الراهن ٠

قال في الأم [٣/١٤٨] : فإذا رهن الرجل شيئاً ، فقبضه المرتهن ، فهلك الرهن في يدي القابض فلا ضمان عليه ، والحق ثابت كما كان قبل الرهن ٠ وقال : لايضمن المرتهن ، ولا الموضوع على يديه الرهن من الرهن شيئاً ، إلا فيما يضمنان فيه الوديعة والأمانات من التعدي ، فإن تعديا فيه فهما ضامنان ، ومالم يتعديا فالرهن بمنزلة الأمانة ٠

وقال ابن قدامة [المغني : ٤/٢٩٧] : إذا تعدى المرتهن في الرهن ، أو فرط في الحفظ للرهن الذي عنده حتى تلف فإنه يضمن ، لانعلم في وجوب الضمان عليه خلافاً ، لأنه في يده ، فلزمه ضمانه إذا تلف بتعديه أو تفريطه ، كالوديعة ٠ وأما إن تلف من غير تعد منه ولا تفريط فلا ضمان عليه ، وهو من مال الراهن ٠

٢ ــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أن الرهن في يد المرتهن مضمون عليه : بالأقل من قيمته ومن الدين عند أبي حنيفة وصاحبيه ٠ وبقيمته عند زفر ٠

قال في بداية المبتدي [فتح القدير : ٨/١٩٨] : وإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه ٠

٣ ــ وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : أن الرهن ــ إذا كان مما يعرف هلاكه من غير قول المرتهن ــ فهو أمانة في يده ، وما كان لايعلم هلاكه إلا بقوله فهو ضامن له ٠

قال في بداية المجتهد : [٢/٢٧٣] : وفرق قوم بين ما لايغاب عليه ــ مثل الحيوان والعقار ــ مما لايخفى هلاكه ، وبين ما يغاب عليه من العروض ، فقالوا : هو ضامن فيما يغاب عليه ، ومؤتمن فيما لايغاب عليه ، وممن قال بهذا القول مالك ٠

الأدلـة :

١ ـ حجة القائلين بأنه أمانة في يد المرتهن :

ـ الأثر : وهو ماروى ابن أبي ذئب : عن الزهري ، عن ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قال : (لا يغلق الرهن ، الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه)

ووصله ابن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه ، عن النبي ﷺ مثله ، أو مثل معناه من حديث ابن أبي أنيسة [1] .

قال الشافعي بعد ذكره الحديث [الأم : ٣/١٤٧] : وبهذا نأخذ . وفيه دليل على أن جميع ماكان رهناً غير مضمون على المرتهن ، لأن رسول الله ﷺ إذ قال : (الرهن من صاحبه الذي رهنه) فمن كان منه شيء فضمانه منه لا من غيره ، ثم زاد فأكد له فقال : (له غنمه وعليه غرمه) وغنمه : سلامته وزيادته ، وغرمه : عطبه ونقصه ، فلا يجوز فيه إلا أن يكون ضمانه من مالكه لا من مرتهنه .

ـ القياس ، وذلك : أن الضمان إنما يكون بما تعدى الحابس بحبسه كالغصب ، أو بالمخاطرة بالمال كالمضارب بماله ، والمرتهن غير متعد بحبسه ، ولا مخاطر بارتهانه ، والرهن ليس بهذا المعنى ، وإنما هو وثيقة عند المرتهن ، فلا يضمن ، كالزيادة على قدر الدين ، وكالكفيل والشاهد .

قال الشافعي : ولو لم يكن في الرهن خبر يتبع ، ماجاز القياس إلا أن يكون غير مضمون ، لأن صاحبه دفعه غير مغلوب عليه ، وسلط المرتهن على حبسه ، ولم يكن له إخراجه من يديه حتى يوفيه حقه فيه ، فلا وجه لأن يضمن ، من قبل أنه إنما يضمن ماتعدى الحابس بحبسه : من غصب ، أو بيع عليه تسليمه فلا يسلمه ، أو عارية ملك الانتفاع بها دون مالكها فيضمنها ، كما يضمن السلف ، والرهن ليس في شيء من هذه المعاني .

---

(١) رواه مالك في الموطأ بلفظ : [لا يغلق الرهن] ونقل الزرقاني عن ابن عبد البر : أن الأصح إرساله ، وإن وصل من جهات كثيرة ، فكلها معللة . قال : وزاد فيه بعض الرواة : له غنمه وعليه غرمه . واختلف في رفع هذه الزيادة ، وأنها من كلام ابن المسيب [الزرقاني على الموطأ : ٤/٣٩٢] .

وقال أيضاً : ملك الرهن لربه ، والمرتهن غير متعد بأخذه ، ولا مخاطر بارتهانه، لأنه لو كان إذا هلك بطل ماله كان مخاطراً بماله ، وإنما جعله الله تبارك وتعالى وثيقة له ، وكان خيراً له ترك الارتهان بأن يكون ماله مضموناً في جميع مال غريمه •

ـ أن الرهن مقبوض بعقد واحد ، فإذا كان بعضه أمانة وجب أن يكون جميعه أمانة ، كالوديعة • وإذا ثبت أنه أمانة فلا فرق بين رهن ورهن •

قال الشافعي : وإذا لم يخص رسول الله ﷺ رهناً دون رهن ، فلا يجوز أن يكون من الرهن مضمون ومنه غير مضمون ، لأن الأشياء لاتعدو : أن تكون أمانة أو في حكمها ، فما ظهر هلاكه وخفي من الأمانة سواء ، أو مضمونة : فما ظهر هلاكه وخفي من المضمون سواء [1] •

٢ ـ حجة القائلين بالضمان :

ـ السنة : قوله ﷺ للمرتهن ـ بعد ما نفق فرس الرهن عنده ـ (ذهب حقك) [2] وحقه الدين ، فيكون ذاهباً بذهاب الرهن وهلاكه • وهذا يدل على أنه مضمون عليه •

ـ قوله ﷺ : (إذا غمي الرهن فهو بما فيه) [3] •

معناه ـ على ما قالوا : ـ إذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك : فقال الراهن : لا أدري كم كان قيمته ، وقال المرتهن ذلك أيضاً ، يكون الرهن بما فيه ، أي يذهب الدين مقابل الرهن •

---

(١) الأم : ١٤٧/٣ وكذلك : ٢١٩/٢ هامش . المغني : ٢٩٧/٤

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية : اخرجه أبو داود في مراسيله عن ابن المبارك عن مصعب بن ثابت عن عطاء . وقال : ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، وقال عبد الحق في أحكامه : هو مرسل وضعيف . ٣٢١/٤

(٣) ذكره الزيلعي بلفظ : عمي . وقال : روي مسنداً ومرسلاً ، وذكر أن المسند رواه الدارقطني في سننه وقال عنه : هذا لايثبت ، وأما المرسل فرواه أبو داود في مراسيله ، وقال عنه ابن القطان : مرسل صحيح . نصب الراية : ٣٢١/٤ ـ ٣٢٢

ـ الإجمـاع : وذلك أن الصحابة رضي الله عنهم ـ والتابعين من بعدهم ـ أجمعوا على أن الرهن مضمون • وإن كانوا قد اختلفوا في كيفية الضمـان ، فقد روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة ، وروي عن ابن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا : الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، وكذا روي عن علي رضي الله عنه ، وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه مضمون بالدين ، واختلافهم على هـذا الوجه إجماع منهم على أنـه مضمون ، فالقول بكونه أمانة خرق للإجمـاع •

ـ المعقـول : وذلك أن الحق الثابت للمرتهن ، والمتعلق بالرهن ، هـو حق الاستيفاء ، وهذا يثبت من وجه ، لأنه يكون باليد والرقبة ، وقـد حصل بعضه ـ وهو الاستيفاء باليد ـ وتقرر بالهلاك ، فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانياً أدى ذلك إلى تكرر الأداء بالنسبة إلى اليد ، وهو ربا • بخلاف مالو كان الرهن قائماً ، لأن الاستيفاء باليد ينتقض بالرد على الرهن ، فلا يتكرر[1] •

٣ ـ وعمدة مالك رحمه الله تعالى : النظر إلى المصلحة المرسلة :

ـ ووجه هذه المصلحة : أن التهمة تلحق فيما لايعلم هلاكه ، فيكون مضموناً، ولا تلحق فيما يعلم هلاكه ، فيكون أمانة •

قال ابن رشد في بداية المجتهد [٢/٢٧٤] : وأما تفريق مالك ومن قال بقوله ـ بين مايغـاب عليه ومالا يغاب عليه ـ فهو استحسان ، ومعنى ذلك : أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لايغاب عليه •

وقد ذكر ابن رشد في أكثر من موضع من كتابه : أن المراد بالاستحسان عند مالك رحمه الله تعالى هو العمل بالقياس المرسل وهو ما يسمى (بالمصالح المرسلة) عنـده •

ـ والذي يدعم هذا القول عند مالك هو أنه عمل أهل المدينة ، وعليه إجماعهم•

---

(١) الهداية وشروحها : ٨/١٩٤ ـ ١٩٦

جاء في الموطأ [٢/٧٣٠] قال يحيى : سمعت مالكاً يقول: الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا في الرهن : أن ما كان من أمر يعرف هلاكه ــ من أرض أو دار أو حيوان ــ فهلك في يد المرتهن وعلم هلاكه فهو من الراهن ، وأن ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيئاً . وما كان من رهن يهلك في يد المرتهن ، فلا يعلم هلاكه إلا بقوله ، فهو من المرتهن ، وهو لقيمته ضامن .

والعمل بالمصلحة المرسلة حجة عند مالك وإن لم يدعمها دليل آخر ، فكيف إذا دعمها دليل آخر ، ولاسيما إجماع أهل المدينة الذي يقدم على القياس عنده .

المسألة الخامسة : اشتراك العَصَبَة وذوي السهام في الشفعة :

اختلف الفقهاء في دخول الشركاء ــ الذين هم عصبة ــ مع الشركاء ــ الذين تكون شركتهم من قبل السهم الواحد ــ في الشفعة ، وبالعكس .

وصورة المسألة : أن يموت رجل ويترك عقاراً ترثه عنه : بنتان وابنا عم ، ثم تبيع البنت الواحدة حظها ، هل الشفعة للبنت وابني العم أو للبنت فقط ؟ وكذلك إذا باع أحد ابني العم حظه ، هل للبنات حق الاشتراك في الشفعة ؟ وللمسألة صور أخرى مشابهة .

١ ــ ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : أنه يدخل ذوو السهام على العصبة ، ولا يدخل العصبة على ذوي السهام .

قال في بداية المجتهد [٢/٢٥٧] : قال مالك : أهل السهم الواحد أحق بالشفعة ــ إذا باع أحدهم ــ من الأشراك معهم في المال من قبل التعصيب ، وأنه لا يدخل ذوو العصبة في الشفعة على أهل السهام المقدرة ، ويدخل ذوو السهام على ذوي التعصيب . [الأشراك : جمع شريك] .

وجاء في الموطأ [٢/٧١٥] : قال مالك في الرجل يورث الأرض نفراً من ولده ، ثم يولد لأحد النفر ، ثم يهلك الأب ، فيبيع أحد ولد الميت حقه في تلك الأرض : فإن أخا البائع أحق بشفعته من عمومته شركاء أبيه .

٢ ــ وذهب الشافعي ــ في أصح قوليه ــ وأحمد ، رحمهما الله تعالى ، إلى : أن جميع الشركاء في استحقاق الشفعة سواء ، وأنه يدخل العصبة على ذوي السهام، كما يدخل ذوو السهام على العصبة •

قال المزني في مختصره [٣/٥١] : قال الشافعي رحمه الله تعالى : ولو ورثه رجلان ، فمات أحدهما ــ وله ابنان ــ فباع أحدهما نصيبه ، فأراد أخوه الشفعة دون عمه ، فكلاهما سواء •

قال المزني : هذا أصح من أحد قوليه : إن أخاه أحق بنصيبه •

قال في مغني المحتاج [٢/٣٠٥] : ولو مات مالك أرض عن ابنين ، ثم مات أحدهما عن ابنين ، فباع أحدهما نصيبه ، ثبتت الشفعة للعم والأخ •

وقال ابن قدامة في المغني [٥/٢٧٠] : ولو ورث أخوان داراً ، أو اشترياها نصفين ، أو غير ذلك ، فمات أحدهما عن ابنين ، فباع أحدهما نصيبه ، فالشفعة بين أخيه وعمه •

وقال : وكذلك لو مات رجل وخلف ابنتين وأختين ، فباعت إحدى الأختين نصيبها ، أو إحدى الابنتين ، فالشفعة بين جميع الشركاء •

وذكر ابن قدامة في المغني [٥/٢٧١] أن هذا القول قال به أبو حنيفة رحمه الله تعالى •

وظاهر كلام الحنفية يدل على ماذكره ابن قدامة ، جاء في الدر المختار في معرض الكلام عن الشفعة [٦/٢١٧ ــ ٢١٨] : وسببها : اتصال ملك الشفيع بالمشتري بشركة أو جوار ، وشرطها : أن يكون المحل عقاراً ، وركنها : أخذ الشفيع من أحد المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها ، وحكمها : جواز الطلب عند تحقق السبب •

٣ ــ وقال أهل الكوفة : لايدخل ذوو السهام على العصبات ، ولا العصبات على ذوي السهام ، ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة ، وبه قال أشهب من أصحاب مالك • [بداية المجتهد : ٢/٢٥٧] •

الأدلـة :

١ ــ حجة الإمام مالك رحمه الله تعالى في إدخال ذوي السهام على العصبة ، وعدم إدخال العصبة على ذوي السهام : المصلحة المرسلة .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٢٥٧] : ومن أدخل ذوي السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوي السهام ، فهو استحسان على غير قياس . ووجه الاستحسان أنه رأى أن ذوي السهام أقعد من العصبة .

وقد ذكرنا أن الاستحسان عند مالك هو العمل بالمصلحة المرسلة .

ولمالك في هذه المسألة دليل آخر وهو عمل أهل المدينة ، فقد جاء في الموطأ [٢ / ٧١٥] بعد ذكر الصورة التي أوردها مالك رحمه الله تعالى ــ وذكرناها في صدر المسألة ــ قال مالك : وهذا الأمر عندنا .

٢ ــ وحجة القائلين باستحقاق الجميع الشفعة : أن القياس يقتضي ثبوت الشفعة للجميع ، لأن الشفعة ثبتت ــ شرعاً ــ للشريك ، والاعتبار في استحقاق الشفعة بالشركة لا بسببها، والجميع شركاء حال ثبوت الشفعة، فالجميع في استحقاقها سواء ، كما لو ملك الكل المشفوع فيه بسبب واحد .

قال الشافعي في الأم [٣ / ٢٣١] : ولو مات الرجل وترك ثلاثة من الولد ، ثم ولد لأحدهم رجلان، ثم مات المولود له ودارهم غير مقسومة ، فبيع من حق الميت حق أحد الرجلين ، فأراد أخوه الأخذ بالشفعة دون عمومته ، ففيها قولان :

أ ــ أن ذلك له ، ومن قال هذا القول قال: أصل سهمهم هذا فيها واحد، فلما كان إذا قسم أصل المال كان هذان شريكين في الأصل دون عمومتهما، فأعطيته الشفعة بأن له شركا دون شركهم ، وهذا قول له وجه .

ب ــ أن يقول: أنا إذا ابتدأت القسم جعلت لكل واحد سهماً، وإن كان أقل من سهم صاحبه ، فهم جميعاً شركاء شركة واحدة ، فهم شرع في الشفعة [1] ، وهذا قول يصح في القياس . اهـ

---

(١) أي الأخذ بالشفعة مشروع لهم جميعاً على حد سواء والله أعلم .

وقد ذكرنا أن القول الثاني هو الأصح ، وهو الذي رجحه أصحاب الشافعي.

وقال ابن قدامة [المغني: ٥ / ٢٧١] : ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة، فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد. وقال: والاعتبار بالشركة لا بسببها.

وقد ذكرنا أن الحنفية يقولون بجواز الطلب عند تحقق سبب الشفعة ، وهو الشركة أو الجوار ، على مذهبهم . ويؤكد هذا القياس أن الشفعة ثبتت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته،وهذا الضرر المحوج إلى إثباتها لا يختلف بين شريك وآخر ، بل هو موجود في حق الكل فتثبت الشفعة للكل .
[مغني المحتاج : ٢/٣٠٥ . والمغني : ٥/٢٧١] .

٣ ــ وأما الذين قالوا بعد دخول العصبة على ذوي السهام ، وعدم دخول ذوي السهام على العصبة ، فإنهم رأوا أن الشركة مختلفة الأسباب ، واعتبروا في ذلك السبب لا الشركة [بداية المجتهد : ٢/٢٥٧] .

المسألة السادسة : تعليق طلاق الأجنبية على الزواج منها :

اتفق الأئمة على أن الطلاق المنجز لا يقع على الأجنبية .

واختلفوا فيما إذ علق طلاقها على الزواج منها ، كأن يقول ، إن تزوجت فلانة فهي طالق ، أو يقول : كل امرأة أتزوجها فهي طالق ، ثم تزوج من فلانة ، أو تزوج أي امرأة ، فهل تطلق منه عقيب الزواج أم لا ؟

١ ــ ذهب مالك إلى أنه : إن عم جميع النساء ــ كأن يقول : كل امرأة أتزوجها فهي طالق ــ لم يلزمه الطلاق إذا تزوج أي امرأة . وإن خص بعض النساء ــ كأن يقول : إن تزوجت فلانة ، أو كل امرأة أتزوجها من بني فلان ، أو من بلد كذا ، أو في وقت كذا ، فهي طالق ــ لزمه الطلاق إذا تزوج بواحدة من هؤلاء المخصوصات .

جاء في الموطأ [٢/٥٨٥] : قال مالك : في الرجل يقول لامرأته : أنت الطلاق، وكل امرأة أنكحها فهي طالق ، ومالي صدقة ، إن لم يفعل كذا وكذا فحنث ، قال : أما نساؤه فطلاق كما قال .

وأما قوله : كل امرأة أنكحها فهي طالق ، فإنه إذا لم يسم امرأة بعينها ، أو قبيلة ، أو أرضاً ، أو نحو هذا ، فليس يلزمه ذلك ، وليتزوج ماشاء •

وأما ماله فليتصدق بثلثه • [انظر بداية المجتهد : ٢/٨٣] •

٢ ــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أن الطلاق يقع عقيب التزويج مطلقاً ، عم المطلق جميع النساء أو خصص •

قال في بداية المبتدي [فتح القدير : ٣/١٢٧] : وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقيب النكاح ، مثل أن يقول لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق ، أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق •

٣ــ وذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى : أن الطلاق لايتعلق إلا بالزوجات وبعد نكاح صحيح ثابت ، سواء كان منجزاً أو معلقاً ، ولا يتعلق بأجنبية أصــلاً •

قال النووي [المنهاج : ٣/٢٩٢] : خطاب الأجنبية بطلاق ، وتعليقه بنكاح وغيره لغو •

وقال الشافعي في الأم [٥/٢٣٢ ــ ٢٣٣] : ولم أعلم مخالفاً في أن أحكام الله تعالى ــ في الطلاق والظهار والإيلاء ــ لاتقع إلا على زوجة ثابتة النكاح ، يحــل للزوج جماعها • وقال : فكل نكاح كان ثابتاً وقع فيه الطلاق •

وقال في غاية المنتهى [٣/١٤٧] : ولا يصح[1] إلا من زوج أو وكيله ، فإن تزوجت ــ أو عين ولو عتيقته ــ فهي طالق ، لم يقع بتزوجها ، خلافاً لمالك وأبي حنيفة، وإن قمت فأنت طالق ــ وهي أجنبية ــ فتزوجها ثم قامت لم تقع •

الأدلــة :

١ ــ عمدة مالك رحمه الله تعالى ــ في الفرق بين التعميم والتخصيص ــ النظر إلى المصلحة • وذلك أن الأصل أن يلزم بما ألزم به نفسه ، ولكن لو ألزمناه بذلك

---

(١) اي الطلاق ، ومعنى لايصح لايقع .

حال التعميم لكان في ذلك حرج عليه ومشقة ، حيث لايمكنه التزوج بأحد ، فربما وقع في الحرام ، وأما حال التخصيص : فيمكنه التزوج بغير المخصوصات ، وليس في ذلك حرج عليه ، فلا داعي لإلغاء ما ألزم به نفسه •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٨٤] : وأما الفرق بين التعميم والتخصيص : فاستحسان مبني على المصلحة ، وذلك أنه إذا عمم ، فأوجبنا عليه التعميم ، لم يجد سبيلاً إلى النكاح الحلال ، فكان ذلك عنتاً به وحرجاً ، وكأنه من باب نذر المعصية، وأما إذا خصص : فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق •

ولمالك رحمه الله تعالى دليل آخر في هذه المسألة ، وهو قول الصحابي ، وذلك: ما رواه في الموطأ [٢/٥٨٥] : أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه كان يقول ــ فمين قال : كل امرأة أنكحها فهي طالق ــ : إنه إذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه •

٢ ــ وأما الحنفية فحجتهم في ذلك : أن الطلاق مما يصح تعليقه ، وكل مايصح تعليقه يلزم عند حدوث الشرط المعلق عليه ، وذلك مثل العتق والوكالة والإبراء ، وتعليق طلاق الأجنبية على تزويجها تعليق لما يصح تعليقه وهو الطلاق ، فيلزم إذا حدث الشرط المعلق عليه وهو التزويج ، كما يلزم العتق وغيره إذا حصل الشرط المعلق عليه •

وأيدوا قولهم هذا ، بما رواه مالك في الموطأ [٢/٥٥٩] : عن سعيد بن عمرو ابن سليم الزرقي ، أنه سأل القاسم بن محمد : عن رجل طلق امرأة إن هو تزوجها ؟ فقال القاسم بن محمد : إن رجلاً جعل امرأة عليه كظهر أمه إن هو تزوجها ، فأمره عمر بن الخطاب ــ إن هو تزوجها ــ أن لايقربها حتى يكفر كفارة المتظاهر •

قال ابن الهمام [فتح القدير : ٣/١٢٨ ــ ١٢٩] : فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك ، ولم ينكر عليه أحد ، فكان إجماعاً • والكل واحد والخلاف فيه

أيضاً [1] ، وكذا في الإيلاء ، إذا قال : ـ إن تزوجتك فوالله لا أقربك أربعة أشهر ـ يصح ، فمتى تزوجها يصير موليا •

٣ ـ وأما القائلون بعدم الوقوع مطلقاً فحجتهم في ذلك : ما رواه الترمذي وصححه : أن النبي ﷺ قال : (لا طلاق إلا بعد نكاح) [2] •

وهذا صريح في أن الطلاق لايقع ، ولا تخاطب به المرأة ، إلا بعد نكاح ثابت بين المطلق والمطلقة •

واحتج الشافعي رحمه الله تعالى ـ أيضاً ـ بما دل عليه القرآن الكريم ، حيث إن الله تعالى جعل هذه الأحكام ـ من الطلاق والإيلاء والظهار والتوارث وغيرها مما يكون بين الزوجين من حقوق وأحكام ـ مرتبطة بثبوت النكاح •

قال في الأم : [٥/٢٣٢] : تحت عنوان (من يقع عليه الطلاق من النساء) :

قال الله تبارك وتعالى : « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن »/الأحزاب:٤٩/•

وقال : « إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » /الطلاق : ١١/ •

وقال عزوجل : « للذين يؤلون من نسائهم » /البقرة : ٢٢٦/ •

وقال : « الذين يظاهرون منكم من نسائهم » /المجادلة : ٢/ •

وقال : « ولكم نصف ماترك أزواجكم » /النساء : ١٢/ •

وقال : « ولهن الربع مما تركتم » /النساء : ١٢ / مع ماذكر به الأزواج •

---

(١) أي حكم الطلاق والظهار واحد ، والخلاف حاصل في الظهار المعلق على ذلك كما هو حاصل في الطلاق .

(٢) اخرجه الترمذي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما بلفظ : (ولا طلاق له فيما لايملك) . وقال : حديث عبد الله بن عمرو حديث حسن صحيح ، وهو احسن شيء في هذا الباب : ٢/٣٢٦ . وكذلك أخرجه أبو داود ، واخرجه ابن ماجه بلفظ : (لاطلاق قبل نكاح) .

ولم أعلم مخالفاً في أن أحكام الله تعالى في الطلاق والظهار والإيلاء لاتقع إلا على زوجة ثابتة النكاح ، يحل للزوج جماعها وما يحل للزوج من امرأته ـ إلا أنه محرم الجماع في الإحرام والمحيض وما أشبه ذلك حتى ينقضي ـ ولا يحرم أن ينظر منها إلى مالا ينظر إليه غيره • ثم يتابع الكلام عن حقوق الزوجين وثبوتها •

وأيدوا قولهم أيضاً بالمعقول : وذلك أن القائل في هذه الحالة لا ولاية له على محل الطلاق ، وهو المرأة الأجنبية ، فلا يقع عليها •

وكذلك : الطلاق حل قيد النكاح ، ولا يمكن حله قبل عقده ، وأيضاً : إن الطلاق يرفع العقد ، فلم يجز أن يسبقه • [مغني المحتاج : ٣/٢٩٢ ، المغني : ٨/١٨]

المسألة السابعة : تطليق القاضي على المولي :

إذا آلى الرجل من امرأته ومضت مدة الإيلاء ، ورفع الأمر إلى القاضي ، فطلب منه أن يطلق أو أن يفيء ، فأبى ، فهل يطلق عليه القاضي ، أو ليس له ذلك ؟ [1]

١ ـ ذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى ، وأحمد رحمه الله تعالى ـ على الأصح في المذهب ـ إلى أنه : يطلق عليه إذا أبى الفيء أو الطلاق •

قال في الشرح الكبير [٢/٤٣٦] : فالحاصل أنه يؤمر بعد الأجل بالفيئة ، فإن امتنع منها أمر بالطلاق ، فإن امتنع طلق عليه الحاكم ، أو جماعة المسلمين عند عدمه•

وقال في الأم [٥/٢٥٦] : وإذا آلى الرجل من امرأته ، فمضت أربعة أشهر ، وقف وقيل له : إن فئت وإلا فطلق ، فإن فاء ، وإلا قلت له : طلق ، فإن طلق لزمه الطلاق ، وإن لم يطلق طلق عليه السلطان واحدة •

وقال الخرقي : فمتى قدر [2] فلم يفعل أمر بالطلاق ، فإن لم يطلق طلق الحاكم عليه • قال ابن قدامة : وهذا أصح في المذهب • [المغني : ٧/٥٦٢]

---

(١) رأي الحنفية في هذه المسألة غير وارد ، لأن المولى منها تطلق عندهم بانتهاء المدة حكماً . انظر المسألة : (وقوع الطلاق بانتهاء مدة الإيلاء) فيما يتفرع عن القول بمذهب الصحابي .

(٢) أي متى قدر الزوج المولي على جماع زوجته التي آلى منها .

٢ ــ وقال ابن قدامة : وعن أحمد رواية أخرى : ليس للحاكم الطلاق عليه ، وإنما يحبسه ويضيق عليه حتى يفيء أو يطلق • [المغني : ٥٦٣/٧] •

وهذا مذهب أهل الظاهر ، قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١٠١/٢] وقال أهل الظاهر : لايطلق عليه القاضي ، وإنما يحبسه حتى يطلقها بنفسه • وقال في المحلى [٢٥٠/١١ ــ ٢٥١] : فمن الباطل أن يطلق أحد على غيره لاحاكم ولا غير حاكم • وقال : إما أن يفيء وإما أن يطلق ، فالواجب أن يجبر على أيهما شاء ولابد•

الأدلــة :

١ ــ القائلون بالتطليق :

عمدة مالك رحمه الله تعالى : المصلحة المرسلة • ووجه هذه المصلحة أنه إذا لم يفء ولم يطلق كان ذلك ضرراً بالزوجة ، والشرع جاء برفع الضرر عن المكلفين ، وهذه لايرتفع الضرر عنهـا إلا بالتطليق على الزوج ، فيستثنى ذلك من الأصـل المعروف في الطلاق وهو : أنه لايقع طلاق إلا من الزوج •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١٠١/٢] ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال : يطلق السلطان ، وهو نظر إلى المصلحة العامة ، وهذا هــو الذي يعرف بالقياس المرسل ، والمنقول عن مالك العمل به •

وأما الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى : فإنهما قاسا ذلك على سائر الحقوق التي تجب على المكلف ويمتنع عن أدائها ــ وهي مما تقبل النيابة ، أو يصح الإجبار فيها ــ فإن الحاكم يجبر المكلف على أدائها لأصحابها ، وذلك : كالحدود والديون ، والطلاق مما يقبل النيابة ويمكن الإجبار عليه ، وقد وجب على المولي فعله ــ في هذه الحالة ــ فامتنع عنه ، فيوقعه الحاكم بالنيابة ، دفعاً للضرر عن الزوجة المولى منها • وكذلك : قياساً على تزويج الحاكم عند العضل •

قال الشافعي في الأم [٢٥٦/٥] : وإنما جعلت له أن يطلق عليه واحدة ، لأنه كان على المولي أن يفيء أو يطلق ، فإذا كان الحاكم لايقدر على الفيئة إلا به [1] ،

---

(١) لأن الفيئة تكون بالجماع ، وذلك لايكون إلا من الزوج •

فإذا امتنع قدر على الطلاق عليه ، ولزمه حكم الطلاق ، كما نأخذ منه كل شيء وجب عليه أن يعطيه ، من حد ، وقصاص ، ومال ، وبيع ، وغيره ، إذا امتنع من أن يعطيه ، وكما يُشْهد على طلاقه فيطلق عليه ، وهو ممتنع من الطلاق جاحد له •

وقال في مغني المحتاج [٣/٣٥١] : وإن أبى الفيئة والطلاق : فالأظهر الجديد أن القاضي ــ إذا رفعته إليه ــ يطلق عليه طلقة نيابــة عنه ، لأنه لاسبيل إلى دوام إضرارها ولا إجباره على الفيئة ، لأنها لاتدخل تحت الإجبار ، والطلاق يقبل النيابة، فناب الحاكم عنه عند الامتناع ، كما يزوج عن العاضل ، ويستوفي الحق من المماطل :

ومجمل هــذا الاستدلال من الشافعية اعتمــاد منهم على المصلحة المرسلــة كما يظهر •

وقال ابن قدامة [المغني : ٧/٥٦٣] : ولنا أن مادخلته النيابة ، وتعين مستحقه، وامتنع من هو عليه ، قام الحاكم مقامه فيه ، كقضاء الدين •

٢ ــ وأما القائلون بعدم التطليق عليه :

فحجتهم في ذلك أن الأصل في الطلاق أنه لايقع إلا من الزوج ، ولذلك ليس للقاضي أن يطلق عليه ، وإنما يحبسه حتى يطلق هو بنفسه [بداية المجتهد : ٢/١٠١]

وقال في المحلى [١١/٢٥٠] : فإن الله عزوجل يقول : « وإن عزموا الطلاق » /البقرة : ٢٢٧/ فجعل عزيمة الطلاق إلى الزوج المولي لا إلى غيره •

المسألة الثامنة : قتل الجماعة بالواحد :

إذا اشترك في القتل اثنان أو أكثر ــ ممن يجب عليهم القصاص ــ وكان القتل عمداً وعدواناً ، هل يقتل الجميع ؟

١ــ اتفق جمهور العلماء ــ مالك والشافعي وأبو حنيفة ــ رحمهم الله تعالى على : أنه يقتل الجميع مهما بلغ عددهم ، قولاً واحداً •

قال في بداية المجتهد [٢/٣٩٢] : وأما قتل الجماعة بالواحد فإن جمهور فقهاء الأمصار قالوا : تقتل الجماعة بالواحد ــ منهم مالك ــ سواء كثرت الجماعة أو قلت•

وقال الشافعي في الأم [٦/٢٠] : وإذا ضرب رجلان أو أكثر رجلاً بما يكون في مثله القَوَد ، فلم يبرح مكانه حتى مات ــ وذلك أن يجرحوه معاً بسيوف أو زجاج رماح أو نصال نبل ، أو بشيء صلب محدد يخرق مثله ، فلم يزل ضمناً من الجراح حتى مات ــ فلأولياء الدم إن شاؤوا أن يقتلوهم معاً قتلوهم [1] .

وقال في بداية المبتدي [٨/٢٧٨] : وإذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم .

٢ ــ وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان ، والظاهر : أن المذهب قتل الجماعة بالواحـــد .

قال الخرقي : ويقتل الجماعة بالواحد .

قال ابن قدامة : وجملته أن الجماعة إذا قتلوا واحداً ، فعلى كل واحد منهم القصاص ، إذا كان كل واحد منهم لو انفرد بفعله وجب عليه القصاص .

وعن أحمد رواية أخرى : لايقتلون به وتجب عليهم الدية [المغني : ٨/٢٨٩] .

٣ ــ وقال داود وأهل الظاهر والزهري : لاتقتل الجماعة بالواحـــد ، وإنما تجب الدية ، وقيل عنهم : إنما يقتل منهم واحد ، ويؤخذ مـــن الباقين حصصهم في الدية . [المغني : ٨/٢٨٩ ، بداية المجتهد : ٢/٣٩٢] .

الأدلـة :

١ ــ القائلون بقتل الجماعة بالواحد :

آ ــ المشهور أن عمدة مالك رحمه الله تعالى في قتله الجماعة بالواحد إنما هو المصلحة المرسلة ، إذ لانص في الموضوع .

قال في بداية المجتهد [٢/٣٩٢] فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر إلى المصلحة ، فإنه مفهوم أن القتل إنما شرع لنفي القتل ، كما نبه عليه الكتاب في قوله

---

(١) القود : قتل القاتل عمداً . زجاج : جمع زج وهو الحديدة التي في أسفـل الرمح . ضمناً : مستمراً به أثر الجرح .

تعالى : « ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب » /البقرة : ١٧٩/ • وإذا كان ذلك كذلك : فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس إلى القتل ، بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة •

فهذا الكلام من ابن رشد ــ وهو مالكي المذهب ــ يصلح احتجاجاً لمذهب إمامه ، على أن المشهور ــ لدى الأصوليين والفقهاء ــ أن مالكاً رحمه الله تعالى هو الذي يأخذ بالمصلحة ويخالفه غيره ، فإذا أطلق الاحتجاج بها كان هو المراد •

على أننا نستطيع أن نقول ــ كما قال ابن رشد ــ إن مما اعتمد عليه القائلون بقتل الجماعة بالواحد جميعهم النظر إلى المصلحة ، حيث إنه قد ورد في كتب المذاهب ــ تعليلا لهذا الحكم ــ كلام شبيه بكلام ابن رشد في الإشارة إلى النظر المصلحي • وإليك بعض هذا الكلام :

قال الخطيب الشربيني (الشافعي) في مغني المحتاج [٢٠/٤] : ولأنه ــ أي القصاص ــ شرع لحقن الدماء ، فلو لم يجب عند الاشتراك لكان كل من أراد أن يقتل شخصاً استعان بآخر على قتله ، واتخذ ذلك ذريعة لسفك الدماء ، لأنه صار آمناً من القصاص •

وقال ابن قدامة (الحنبلي) [المغني : ٢٩٠/٨] : ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك أدى إلى اتساع القتل به ، فيؤدي إلى إسقاط حكمة الردع والزجر •

وقال صاحب العناية (الحنفي) [٢٧٨/٨] : لأن القتل بطريق التغالب غالب، فإن القتل بغير حق لايتحقق غالباً إلا بالاجتماع ، لأن الواحد يقاوم الواحد ، وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة ، فيجب القصاص تحقيقاً لحكمة الإحياء ، فإنه لو لم يجب ، لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله ويقتل ، لعلمه أن لاقصاص فيؤدي إلى سد باب القصاص •

ب ــ هذا وإن الحجة ــ التي اعتبرها الجميع في قتل الجماعة بالواحد ــ هو ما رواه مالك في الموطأ [٨٧١/٢] : عن يحيى بن سعيد ، عن سعيد بن المسيب :

أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : قتل نفراً خمسة ، أو سبعة ، برجل واحد قتلوه قتل غيلة [1] وقال عمر : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً .

وروي ــ أيضاً ــ أن علياً رضي الله عنه : قتل ثلاثة قتلوا رجلاً .

وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه : قتل جماعة بواحد .

فعلوا ذلك ــ أي عمر وعلي وابن عباس ــ وكانت الصحابة رضي الله عنهم متوافرين ، ولم ينكر عليهم أحد ، ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف ، فكان إجماعاً . [الأم:٦/١٩ ، المغني:٨/٢٨٩ ، الهداية وشروحها:٨/٢٧٨ ، مغني المحتاج:٤/٢٠].

جـ ــ ولمالك رحمه الله تعالى حجة ثالثة في هذه المسألة ، وهي : عمل أهـل المدينة .

قال في الموطأ [٢/٨٧٢] : الأمر عندنا : أنــه يقتل في العمد الرجال الأحرار بالرجل الحر الواحد ، والنساء بالمرأة كذلك ، والعبيد بالعبد كذلك .

٢ ــ وعمدة القائلين إنه لايقتل الجماعة بالواحد :

آ ــ قوله تعالى: « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ... » /المائدة : ٤٥/ . وقــوله تعالى : « الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى » /البقرة : ١٧٨/ . قالوا : مقتضاهما أنه لايؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة .

ب ــ قالوا : إن التفاوت في الأوصاف يمنع القصاص ، بدليل أن الحر لايقتل بالعبد ، والتفاوت في العدد أولى . وكذلك : لا تستوفى أبدال بمبدل واحد ، كما لاتجب ديات لمقتول واحد .

قال ابن المنذر : لاحجة مع من أوجب قتل جماعة بواحد [2]
[المغني : ٨/٢٩٠ ، بداية المجتهد : ٢/٣٩٢] .

---

(١) غيلة : غدراً وخداعاً .

(٢) ويناقش الشافعي في الأم ، وابن الهمام في الفتح : راي هـؤلاء ودليلهم ، ويبينان خطأ احتجاجهم . الأم : ٦/٢١ ، الفتح : ٨/٢٧٩

المسألة التاسعة : قطع الأيدي باليد الواحدة :

انبنى على القول : بقتل الجماعة بالواحد ، مسألة قطع الأيدي باليد الواحدة، وذلك فيما إذا اشترك اثنان فأكثر بقطع يد رجل ، أو جرحوه جرحاً يوجب القصاص، هل يقتص من جميعهم ، أو تجب عليهم دية العضو ، أو أرش الجرح ؟

١ ــ ذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى : إلى وجوب القصاص ، وأنه تقطع أيديهم مهما كثروا •

وإنما الملاحظ أن الشافعي وأحمد : اشترطا أن يكون اشتراكهم على وجه لايتميز فيه فعل أحدهم عن فعل الآخر ، بينما لم يشترط ذلك المالكية فيما إذا كان بينهم اتفاق على ذلك ، وأما إذا لم يكن بينهم اتفاق فهو شرط عندهم أيضاً •

قال الدسوقي في الحاشية على الشرح الكبير [٤ / ٢٥٠] : فإذا تعدد العضو المجني عليه ، بأن قلع واحد عينه ، وواحد قطع رجله ، وكانا متمالئين على قلع عينه وقطع رجله ، فإنه تقلع عين كل واحد منهما وتقطع رجله ، وإذا اتحد العضو المجني عليه ــ كما إذا تمالأ جماعة على قطع شخص ــ فإنه يقطع كل واحد •

وقال في الشرح الكبير [٤/٢٥٠] : وإن تميزت جنايات من جماعة ــ ولم يمت ــ بلا تمالؤ، فمن كل يقتص كفعله، وأما إن تمالؤوا اقتص من كل بقدر الجميع تميزت أم لا ، كما تقدم : أنهم إن تمالؤوا على قتل نفس قتلوا •

وقال الشافعي [الأم : ٦/١٩ ــ ٢٠] : فإذا قطع الاثنان يد رجل معاً، قطعت أيديهما معاً ، وكذلك أكثر من الاثنين ، وما جاز في الاثنين جاز في المائة وأكثر •

قال : وإنما تقطع أيديهما معاً : إذا حملا شيئاً فضرباه معاً ضربة واحدة ، أو حزاه معاً حزا واحدا • وقال : وهذا هكذا في الجرح ، والشجة التي يستطاع فيها القصاص ، وغيرها ، لايختلف •

قال النووي [المنهاج : ٤/٣٥] : ولو وضعوا سيفاً على يده ، وتحاملوا عليها دفعة فأبانوها ، قطعوا •

وقال ابن قدامــة [المغني : ٨/٢٩٢ ــ ٢٩٣] : إن الجماعة إذا اشتركوا في جرح موجب للقصاص وجب القصاص على جميعهم • وقال : وإنما يجب القصاص على المشتركين في الطرف : إذا اشتركوا فيه على وجه لايتميز فعل أحدهم عن فعــل الآخر • قــال : ويتعين وجه آخر في مذهب أحمد : لاتقطع يدان بيد واحدة ، لأنه روي عنه أن الجماعة لايقتلون بالواحد •

٢ ــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه لاقصاص على أحد ، وهو قول أهل الظاهر [بداية المجتهد : ٢/٣٩٨] •

قال في بداية المبتدي [فتح القدير : ٨/٢٨٠] : وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما ، وعليهما نصف الدية •

الأدلــة :

١ ــ حجة القائلين بالقصاص من الجماعة بالواحد في الأطراف والجراح قياسهم ذلك على القصاص من الجماعة بالواحد في النفس •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٣٩٨] : وقــال مالك والشافعي : تقطــع الأيدي باليد الواحدة ، كما تقتل عندهم الأنفس بالنفس الواحدة •

ولقد ذكرنا في مسألة قتل الجماعة بالواحد : أن عمدة مالك رحمه الله تعالى العمل بالمصلحة المرسلة ، إلى جانب ماذكرناه من الأدلة الأخرى • وما قيل في وجه المصلحة هناك يقال هنا ، ويؤكد اعتماد المالكية المصلحة في هذه المسألة : أنهم قالوا بالقصاص عند التمالؤ والاتفاق ، ولو اختلف فعل بعضهم عن الآخر ــ كما ذكرنا ــ حتى يكون أكثر زجراً ، لأن تواطؤهم يدل على أنهم اتخذوا اجتماعهم ذريعة لتنفيذ جريمتهم ، على أمل الفرار من القصاص ، وعلى هذا فالمصلحة تقتضي القصاص منهم بكامل الفعل احتياطاً في الدماء •

وأما الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى فقد ذكرنا أدلتهم هنــاك ، وحجتهم هنا : القياس على الاشتراك بقتل النفس كما قلنا •

قال الشافعي في الأم [٦/١٩ ــ ٢٠] : بعد ذكره حديث عمر رضي الله عنه في قتل الجماعة بالواحد ، وقوله بذلك : وقد بنيت جميع هذه المسائل على هذا القول ، فينبغي عندي لمن قال : يقتل الاثنان أو أكثر بالرجل أن يقول : فإذا قطع الاثنان يد رجل معاً قطعت أيديهما معاً ... ثم قال : ولا يخالف النفس إلا في أنه يكون الجرح يتبعض والنفس لاتتبعض ، فإذا لم يتبعض : بأن يكونا جانيين عليه معاً جرحا ــ كما وصفت ــ لاينفرد أحدهما بشيء دون الآخر ، فهو كالنفس في القياس ، وإذا تبعض خالف النفس . [انظر مغني المحتاج : ٤/٢٥ ، وشرح التحرير : ٢/٣٦٣] .

وقـال ابن قدامة : ولأنه أحـد نوعي القصاص ، فتؤخذ الجماعة بالواحد كالأنفس . وأيد الحنابلة قولهم هـذا ــ بالإضافة إلى القياس ــ بمـا روي : أن شاهدين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ، ثم جاءا بآخر فقالا : هذا هو السارق ، وأخطأنا في الأول ، فرد شهادتهما على الثاني ، وغرمهما دية الأول ، وقـال لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما [1] [البخاري : ٩/١٠] فأخبر رضي الله عنه : أن القصاص على كل واحد منهما : لو تعمدا قطع يد واحدة .
[المغني : ٨/٢٩٢ ــ ٢٩٣] .

٢ ــ وأما الحنفية فحجتهم :

آ ــ أن القصاص هنا متعذر لانتفاء المماثلة، وذلك أن كلاً منهما قاطع بعض اليد، سواء كان المحل متحداً أو مختلفاً ، لأنا نعلم أن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر ، وقاطع بعض اليد لايقطع كل يده قصاصاً ، لانتفاء المماثلة . وهذا لأن المحل يتجزأ ، فإن قطع البعض وترك البعض الآخر متصور ، فلا يمكن أن يجعل كل واحد فاعلاً كمَلا ، بخلاف النفس ، فإن الانزهاق لايتجزأ .

ب ــ أن الاشتراك فيما دون النفس نادر، لأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار

---

(١) أي تعمدتما الكذب في شهادتكما لتقطع يده .

الغوث ، والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة ، لافتقاره إلى مقدمات بطيئة ، فيلحقه الغوث ، ولذلك خالف حكم قتل الجماعة للواحد •

[الهداية وشروحها : ٢٨٠/٨] •

٣ ــ وأما الظاهرية : فعلى أصلهم من عدم قتل الجماعة بالواحد ، فكذلك من باب أولى عندهم : لاتقطع يدان بيد [1] • [بداية المجتهد : ٣٩٨/٢]

المسألة العاشرة : مشاركة من لاقصاص عليه في القتل :

اختلف الأئمة فيما إذا اشترك في القتل من يجب عليه القصاص ، ومن لايجب عليه ، هل يقتل من عليه القصاص ، أو لا يقتل أحد ؟

وصورته أن يشترك في القتل : عامد ومخطىء ، أو صبي وبالـغ ، أو عاقل ومجنون ، أو أب وأجنبي •

١ ــ ذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى : أنـه لاقصاص على المشارك في جميع هذه الصور •

قال في الدر المختار [٥٣٥/٦ ، ٥٦٠] : وفي الملتقى : ولا قصاص على شريك الأب ، أو المولى ، أو المخطىء ، أو الصبي ، أو المجنون ، وكل من لايجب القصاص بقتلـه •

٢ ــ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى : وجوب القصاص على شريك الأب والصبي والمجنون ، وأنه لاقصاص على شريك المخطىء ومن في حكمه •

قال في الأم [٢٠/٦] : ولو قتل رجل رجلاً عمداً ، وقتله معه صبي أو رجل معتوه ، كان لهم أن يقتلوا الرجـل ، ويأخذوا من الصبي والمعتوه ــ أيهمـا كان القاتل ــ نصف الدية •

---

(1) انظر أدلتهم في مسألة قتل الجماعة بالواحد .

وهكذا لو قتل رجل ابنه ، وقتله معه أجنبي ، كان على أبيه نصف ديته والعقوبة[1] ، وعلى الأجنبي القصاص ، إذا كان الضرب في هذه الحالات كلها عمداً.

وإذا جنى اثنان على رجل عمداً وآخر خطأ ، أو بما يكون حكمه حكم الخطأ ــ من أن يضربه بعصاً خفيفة أو بحجر خفيف ــ فمات ، فلا قود فيه .

٣ ــ وذهب أحمد رحمه الله تعالى إلى وجوب القصاص على شريك الأب ، وأنه لاقصاص على شريك المخطىء والصبي والمجنون . هذا هو الأصح في المذهب ، وعنه روايات أخرى .

قال الخرقي : وإذا قتل الأب وغيره عمداً قتل من سوى الأب . قال ابن قدامة. وعن أحمد رواية أخرى : لاقصاص على واحد منهما .

وقال الخرقي أيضاً : وإذا اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ لم يقتل واحد منهم ، وعلى العاقل ثلث الدية في ماله ، وعلى عاقلة كل واحد من الصبي والمجنون ثلث الدية وعتق رقبتين في أموالهما . قال ابن قدامة : وعن أحمد رواية أخرى : أن القود يجب على البالغ العاقل .

وقال الخرقي أيضاً : وإذا قتلاه ــ وأحدهما مخطىء والآخر متعمد ــ فلا قود على واحد منهما ، وعلى العامد نصف الدية في ماله ، وعلى عاقلة المخطىء نصفها ، وعليه في ماله عتق رقبة مؤمنة . قال ابن قدامة : وروي عن أحمد : أن عليه (أي على العامد) القصاص . [المغني : ٨/٢٩٣ ، ٢٩٥ ، ٢٩٧] .

٤ ــ وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : وجوب القصاص على شريك الصبي إذا تمالأ معه على القتل ، وأنه لا قصاص على شريك المخطىء والمجنون والصبي ، إذا لم يتمالأ معه على القتل .

جاء في الموطأ [٢/٨٥١] : قال مالك : في الكبير والصغير إذا قتلا رجلاً جميعاً عمداً : إن على الكبير أن يقتل ، وعلى الصغير نصف الدية .

---

(١) لعل المراد بالعقوبة التعزير من الحاكم حيث لاقصاص .

وقال في الشرح الكبير [٤/٢٤٦ ــ ٢٤٧] : وعلى شريك الصبي القصاص ، إن تمالأ على قتله ، لا على شريك مخطىء ، ولا شريك مجنون ، فلا يقتص منه ، وعلى المتعمد الكبير نصف الدية في ماله ، وعلى عاقلة المخطىء ، أو المجنون ، نصفها • هـ •

وأما حكم شريك الأب : فالظاهر ــ عند مالك ــ أن الأب إذا قتل ولده عمداً عدواناً يقتل به ، وضابط عمد الأب عنده : أن يرمي عنقه بالسيف ، أو يضجعه فيذبحه ، ونحو ذلك ، فيقتص من الأب في هذه الأحوال ، وعندها تكون مسألة شريك الأب ــ عند مالك ــ غير داخلة في البحث ، لأن الاثنين عليهما القصاص •

والحال التي لا يقتل فيه الأب ــ عند مالك ــ هي في حكم الخطأ ، وضابطها أن لا يقصد إزهاق روحه ــ كرميه بحديدة أو سيف ــ يريد بذلك أدبه ، ولم يقصد إزهاق روحه • وعندها يكون المشارك له ــ في هذه الحالة ــ حكمه حكم مشارك المخطىء ، فيندرج فيه • [الشرح الكبير مع الحاشية : ٤/٢٦٧]

الأدلـة :

١ ــ حجة القائلين بعدم القصاص على المشارك مطلقاً (وهم الحنفية) :

أن القصاص لا يتجزأ ، وهذا المقتول : يمكن أن تكون إفاتة نفسه من فعل الذي لا قصاص عليه ، كإمكان ذلك ممن عليه القصاص ، وعلى كل حال : لا شك أن من لا قصاص عليه قد أزهق جزءاً من النفس فأورث شبهة • والرسول عليه الصلاة والسلام يقول : (ادرؤوا الحدود بالشبهات)[١] فيدرأ الحد عن المشارك العامد فلا يقتل • [حاشية ابن عابدين : ٦/٥٣٥ ، ٥٦٠ ، وانظر بداية المجتهد : ٢/٣٨٩] •

٢ ــ وأما القائلون بوجوب القصاص على المشارك : فقد ذكر ابن رشد أن حجتهم في ذلك : النظر إلى المصلحة التي تقتضي التغليظ لحوطة الدماء ، فكأن كل واحد منهما ــ من عليه القصاص ومن لا قصاص عليه ــ انفرد بالقتل ، فله حكم نفسه •

---

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وقال السيوطي عنه في الجامع الصغير : حسن . فيض القدير : ١/٢٢٧

هكذا أطلق ابن رشد القول في حجة الفريق القائل بقتل المشارك ، كما أطلق القول في آرائهم وجعلهم : فريقاً يقول بعدم قتل المشارك مطلقاً ، وفريقاً يقول بالقتل مطلقاً[1] . ولقد تبين ـ مما ذكرناه سابقاً ـ أن لهم تفصيلاً في ذلك ، كما أثبت الرجوع إلى كتب المذاهب .

والذي يبدو ـ والله أعلم ـ أن الذي يعتمد المصلحة في هذه المسألة إنما هم المالكية فقط ـ مالك ومن تبعه ـ وذلك : أننا رأيناهم لا يقولون بالقصاص على المشارك إلا في حالة واحدة ، وهي : ما إذا اتفق البالغ العاقل مع الصبي على القتل . وأما إذا لم يتفقا على القتل فلا قصاص عندهم ـ أيضاً ـ على مشارك الصبي ، وذلك أن عمد الصبي والمجنون عندهم كالخطأ . قال في الشرح الكبير [٤/٢٣٧] : وأما الصبي والمجنون فلا يقتص منهما ، لأن عمدهما وخطأهما سواء ، على أنه لا عمد للمجنون . [وانظر الزرقاني على الموطأ : ٥/١٤٠]

وعلى هذا ، تورث مشاركتهما في القتل شبهة في إزهاق الروح ، فيسقط القصاص .

وأما في حال التواطؤ ـ من الصبي ومن شاركه في القتل ـ فالمصلحة تقتضي قتل المشارك ، حفظاً للنفوس ، واحتياطاً للدماء ، حيث إن القاتل البالغ العاقل ـ عندما سعى للاتفاق مع الصبي على القتل ـ كان في حسبانه أن يتخذ ذلك ذريعة للنجاة من القصاص ، فإذا لم يقتص منه أدى ذلك إلى فتح باب القتل ، وإبطال حكم القصاص وسد بابه ، وذلك أنه من السهل ـ على كل من أراد القتل عمداً وعدواناً ـ أن يسعى للاتفاق مع صبي يشاركه في الفعل ويضمن النجاة من القصاص . فالتفاتاً لهذه المصلحة ، وتحقيقاً لحكمة القصاص ، وجب القتل على المشارك في هذه الحالة ، وأما في حال عدم التواطؤ والاتفاق فلا يتحقق هذا المعنى ، فلا يجب القصاص .

---

(١) انظر بداية المجتهد : ٢/٣٨٩ .

وأما الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى :

فالذي يبدو ــ والله أعلم ــ أن عمدتهما في ذلك الاستصحاب[1] ، والعمل بالحديث : (ادرؤوا الحدود بالشبهات)[2] .

وبيان ذلك : أن الأصل وجوب القصاص على المكلف العامد ، فلما شارك في إزهاق الروح فعل من لا يجب عليه القصاص لذات فعله ــ كالمخطىء ــ أورث شبهة في الإزهاق ، فامتنع العمل بالأصل وهو القصاص ، لقول النبي ﷺ : (ادرؤوا الحدود بالشبهات) ، فلم يقتص من أحد .

فإذا كان فعل من لا يقتص منه لايمنع القصاص لذاته ، بل يوجبه ، وإنما امتنع القصاص منه لمعنى فيه لا في فعله ــ كالأب ، فإن المانع من القصاص منه الأبوة ، وهي معنى فيه . والصبي ، فإن المانع فيه وهو الصغر . والمجنون ، فإن المانع فيه وهو الجنون ــ فلا يورث فعله شبهة في إزهاق الروح ، ويبقى وجوب القصاص على أصله ، فيعمل به ، حيث لا مانع منه ، ولا مانع في المشارك ، فيقتص منه ، ولا يقتص ممن شاركه ، لقيام دليل آخر يمنع القصاص منه ، وإن كان فعله بذاته يوجب القصاص .

وإليك من أقوالهم ما يؤيد ذلك :

قال الشافعي [الأم : ٦/٢٠ ، ٣٤] : ولو ضرب رجلان رجلاً ــ أحدهما بعصاً خفيفة ، والآخر بسيف ــ فمات ، لم يكن على واحد منهما قصاص ، لأن إحدى الجنايتين كانت مما لا قصاص فيه ، وإنما يكون القود[3] : إذا كانت الجناية كلها بشيء يقتص منه ، إذا ميت منه .

وقال : ولو أن رجلاً قتل رجلا ، وقتله معه صبي ، أو مجنون ، أو حربي ، أو من لا قود عليه بحال ، فمات من ضربهما معا ، فإن كان ضربهما معا ، بما يكون فيه القود قتل البالغ ، وكان على الصبي نصف الدية في ماله ، وكذلك المجنون .

---

(١) سيأتي ــ إن شاء الله تعالى ــ بحث الاستصحاب وبيان آراء العلماء بحجيته .

(٢) انظر تخريجه : في دليل الحنفية ص (٩٨) حاشية (١) .

(٣) القصاص ، وهو قتل من قتل عمداً بشروطه .

وقال : وإذا جنى اثنان على رجل ــ عمداً ، وآخر خطأ ، أو بما يكون حكمه حكم الخطأ : من أن يضربه بعصا خفيفة ، أو بحجر خفيف ــ فمات ، فلا قود فيه ، لشرك الخطأ الذي لا قود فيه •

وقال شيخ الإسلام زكريا الأنصاري ــ في تعليل القود من شريك الأب ــ :

فيجب القود على الغير فقط ، لحصول التلف بفعلين عمدين ، فلا يؤثر فيه امتناع القود على الشريك لمعنى يخصه •

قال الشرقاوي : وخالف شريك المخطىء : بأن الخطأ شبهة في الفعل ، أورث في فعل الشريك شبهة في القود ، لاختلاط الفعلين ، ولا شبهة هنا في الفعل ، وإنما هي في الذات ، وذات أحدهما غير ذات الآخر ، فلا اختلاط فيهما حتى يسري وصف أحدهما في الآخر •

ثم قال : والحاصل : أنه متى سقط القود عن أحدهما ــ لشبهة في فعله ــ سقط عن شريكه ، أو ــ لصفة قائمة بذاته ــ وجب على شريكه •
[حاشية الشرقاوي وشرح التحرير : ٢/٣٦٤]

وقال في مغني المحتاج [٤/٢٠ ــ ٢١] : ويقتل شريك الأب ، لأن شبهة الأبوة في ذات الأب لا في الفعل ، وذات الأب متميزة عن ذات الأجنبي ، فلا تورث شبهة في حقه •

وقال : ولا يقتل شريك مخطىء وشبه عمد ، لأن الزهوق حصل بفعلين : أحدهما يوجبه والآخر ينفيه ، فغلب المسقط للشبهة ، والخطأ شبهة في فعل الخاطىء والفعلان مضافان إلى محل واحد ، فأورث شبهة في القصاص ، كما لو صدرا من واحد •

وقال : يقتل شريك صبي مميز ومجنون ــ له نوع تمييز ــ في قتل من يكافئه كشريك الأب •

هذا ما قاله الشافعية ، وهو يبين بوضوح عمدتهم في هذه المسألة •

وإليك ما قاله الحنابلة :

قال ابن قدامة [المغني : ٨/٢٩٤ــ٢٩٥] : وكل شريكين ــ امتنع القصاص في حق أحدهما لمعنى فيه ، من غير قصور في السبب ــ فهو في وجوب القصاص على شريكه : كالأب وشريكــه •

وقال : أما إذا شارك في القتل من لا قصاص عليه ــ لمعنى في فعله كالصبي والمجنون ــ فالصحيح في المذهب : أنه لا قصاص عليه •

وقال : ولا نسلم أن فعل الأب غير موجب ، فإنه يقتضي الإيجاب ، لكونه تمحض عمداً عدواناً ، والجناية به أعظم إثماً وأكثر جرماً ، ولذلك خصه الله تبارك وتعالى بالنهي عنه « ولا تقتلوا أولادكم » / الأنعام : ١٥١ / و / الإسراء : ٣١ / • ولما سئل النبي ﷺ عن أعظم الذنب قال : (أن تجعل لله ندا وهو خلقك ، ثم تقتل ولدك خشية أن يطعم معك)[1] • فجعله أعظم الذنوب بعد الشرك •

ولأنه قطع الرحم التي أمر الله تعالى بصلتها ، ووضع الإساءة موضع الإحسان فهو أولى بإيجاب العقوبة والزجر عنه • وإنما امتنع الوجوب في حق الأب لمعنى مختص بالمحل لا لقصور في السبب الموجب ، فلا يمتنع عمله في المحل الذي لا مانع فيــــه •

وقال : وأما شريك الخاطىء : فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الإيجاب فإن فعل الخاطىء غير موجب للقصاص ولا صالح له ، والقتل منه ومن شريكه غير متمحض عمداً ، لوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به زهوق النفس •

فهذه النصوص ــ كما ترى ــ تؤيد ما ذكرته من أن دليلهم في هذه المسألة العمل بالاستصحاب • فنجد كيف أنهم يقولون بالقصاص حيث لا شبهة في العمل ، وإنما المانع في محل القصاص معنى آخر ثبت بدليل ، ولا يقولون بالقصاص حيث قامت الشبهة في ذات الفعل ، فيسقط القصاص للشبهة •

---

(١) أخرجه البخاري عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما في كتاب التفسير : ٦/٢٢ •

وإنما اختلف الشافعية والحنابلة في مشارك الصبي والمجنون ، لأن الحنابلة يرون أن عمدهما خطأ أو في حكمه ، بينما يرى الشافعي وأصحابه رحمهم الله تعالى : أن الصبي والمجنون عمدهما عمد ، وخطؤهما خطأ .

قال ابن قدامة [المغني : ٨/٢٩٥] : ــ في الاستدلال على عدم قتل المشارك لهما ــ إنه شارك من لا مأثم عليه في فعله ، فلم يلزمه قصاص ، كشريك الخاطىء ، ولأن الصبي والمجنون لا قصد لهما صحيح ــ ولهذا لا يصح إقرارهما ــ فكأن حكم فعلهما حكم الخطأ ، وهذا معنى قول الخرقي : عمدهما خطأ ، أي في حكم الخطأ في انتفاء القصاص عنه ، ومدار[1] ديته ، وحمل عاقلتهما إياها ، ووجوب الكفـارة .

ولذا خالفهم الشافعي ــ أيضاً ــ في تحمل الكفارة في عمد الصبي والمجنون فقال : إنها في مالهما . [الأم : ٦/١٠٣]

المسألة الحادية عشرة : تغريب الزاني البكر :

أجمع المسلمون على أن الحر البكر إذا زنى جلد مائة جلدة ــ ذكراً كان أو أنثى ــ لقوله تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلـدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » / النور : ٢/ .

واختلفوا في وجوب التغريب عليه مع الجلد :

١ ــ ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى أنه : يغرب عاماً عن بلده الذي زنى فيه ، لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى .

قال المزني في المختصر [٥/١٦٦] : فإن لم يحصن جلد مائة وغرب عاماً عن بلده .

---

(١) في نسخة : ومقدار .

وقال الخرقي [المغني : ٤٢/٩] : وإذا زنى الحر البكر جلد مائة وغرب عاماً •

٢ ــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه : لا تغريب على أحد إلا أن يرى الإمام ذلك •

قال في الهداية [١٣٤/٤] : ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي ، إلا أن يرى الإمام في ذلك مصلحة ، فيغربه على قدر ما يرى ، وذلك تعزير وسياسة[1] •

٣ ــ وفرق مالك رحمه الله تعالى بين الذكر والأنثى فقال : يغرب الرجل ولا تغريب للمــرأة •

قال في الشرح الكبير [٣٢١/٤] : وغرب البكر الحر الذكر فقط ــ دون العبد ولو رضي سيده ، ودون الأنثى ــ عاماً •

الأدلــة :

١ ــ عمدة القائلين بالنفي مطلقاً :

ــ ما رواه أصحاب الصحاح ومالك في الموطأ : عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما أنهما قالا : إن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ ، فقال أحدهما : يارسول الله ، اقض بيننا بكتاب الله عز وجل ، وقال الآخر ــ وهو أفقههما ــ أجل يا رسول الله ، اقض بيننا بكتاب الله عز وجل وأذن لي في أن أتكلم ؟ قــال : (تكلم) • قال : إن ابني كان عسيفاً على هذا ، فزنى بامرأته فأخبرت أن على ابني الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة وجارية لي ، ثم إني سألت أهل العلم ، فأخبروني أنما على ابني جلد مائة وتغريب عام ، وإنما الرجم على امرأته • فقال رسول الله ﷺ : (أما ــ والذي نفسي بيده ــ لأقضين بينكما بكتاب الله عز وجل ، أما غنمك وجاريتك فرد عليك) ، وجلد ابنه مائة وغربه عاماً ، وأمر أنيساً الأسلمي أن يغدو على امرأة الآخر ، فإن اعترفت رجمها ، فاعترفت فرجمها ، وفي رواية : (أما الوليدة والغنم

---

(١) أي يرجع ذلك إلى المصلحة التي يقدرها الحاكم وليس حداً ثابتاً .

فرد عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها) ، فغدا عليها أنيس ، فاعترفت ، فأمر النبي ﷺ بها فرجمت[1] •

قال الشافعي رحمه الله تعالى بعد ذكره الحديث في الأم : وبهذا قلنا •

قال ابن قدامة : وفي الحديث أنه قال : سألت رجالاً[2] من أهل العلم فقالوا : إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام ، وهذا يدل على أن هذا كان مشهوراً عندهم من حكم الله تعالى وقضاء رسول الله ﷺ ، وقد قيل : إن الذي قال له هذا أبو بكر وعمر رضي الله عنهما •

ــ حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه ، وفيه : (البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام)[3] • وهو صريح في الباب •

قال الشافعي : وروى عبادة بن الصامت الجلد والنفي عن النبي ﷺ •

ــ الإجماع : وذلك أن التغريب فعله الخلفاء الراشدون ــ فقد روي أن أبا بكر نفى إلى فدك ، وعمر نفى إلى الشام ، وغرب عثمان إلى مصر ، وعلي إلى البصرة ــ ولم يعرف لهم مخالف في الصحابة ، فكان إجماعاً •

قال الشافعي : وهو ثابت عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود ، والناس عندنا إلى اليوم • ثم ناقش القائلين بخلاف ذلك •
[الأم : ٦/١١٩ ، المغني : ٩/٤٣ ــ ٤٤] •

٢ ــ وحجة الحنفية :

ــ قوله تعالى : « فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » • / النور : ٢/ •

---

(١) الموطأ : ٢/٨٢٢ . ورواه الشافعي في الأم ٦/١٩ وأخرجه البخاري أيضاً ٨/٢١٨ ، ٩/٩٤ وفي مواطن اخرى . [عسيفاً : اجيراً . الوليدة : المراة المملوكة]

(٢) رواية في البخاري : ٨/٢١٨ .

(٣) أخرجه ابو داود بلفظ (ونفي سنة) : ٤/١٤٤ .

وجه الاستدلال بالآية : أن الفاء في « فاجلدوا » للجزاء ، وإذا ذكر الجـزاء بعد الشرط بالفاء ــ دل استقراء كلامهم ــ أنه هو الجزاء •

وكذلك ذكر الجلد ، ولم يذكر النفي ، في موضع الحاجة إلى البيان ، فكـان ما ذكر كل ما يحتاج إليه في البيان ، فلو بقي شيء يحتاج إليه ولم يبين ، لزم الإخلال في البيان في موضع الحاجة ، وهذا ممنوع •

قالوا : والعمل بالحديث المروي (البكر بالبكر ••) نسـخ للكتاب ، وهو لا يجوز •

ــ قالوا إن في التغريب فتح باب الزنا لأمرين : أولاً : لانعدام الاستحياء من العشيرة،ثانياً : لأن فيه قطع مادة البقاء ــ مما يحتاج إليه من المأكول والملبوس ــ فربما تتخذ زناها مكسبة ، وهذا يرجح عدم النفي ، ويؤيد ما ورد عن علي رضي الله عنه أنه قال : حسبهما من الفتنة أن ينفيا •

ــ قالوا : إن النفي قد يفيد في بعض الأحوال ، فيكون الرأي فيه إلى الإمام فيفعله تعزيراً للفاعل ونظراً للمصلحة ، وليس من جملة الحد • وعلى هذا يحمل تغريب النبي ﷺ والصحابة رضي الله عنهم • يدل عليه ما في البخاري [٨/٢١٢] من قول أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ (قضى فيمن زنا ولم يحصن بنفي عام وإقامة الحد) فإنه ظاهر في أن النفي ليس من الحد ، لعطفه عليه •
[الهداية وشروحها : ٤/١٣٤ــ١٣٦]

٣ ــ وتفريق مالك رحمه الله تعالى بين الذكر والأنثى اعتماد منه على المصلحة المرسلـة •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٤٢٧] : ومن خصص المرأة من هذا العموم ــ البكر بالبكر ــ فإنما خصصه بالقياس ، لأنه رأى أن المرأة تعرض بالغربة لأكثر من الزنا ، وهذا من القياس المرسل ، أعني : المصلحي الذي كثيراً ما يقول به مالك •

وجه المصلحة :

أن المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة ، فإذا غربت بغير محرم ، كان في ذلك إغراء لها بالفجور وتمكين منه ، وتضييع لها ، وذلك ينافي قصد الشارع من وجوب الحد ،

إذ ما شرع إلا زجراً عن الزنا • على أنه لا يجوز تغريبها بغير محرم ، لقوله عليه الصلاة والسلام : (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم عليها) [البخاري : ٢/٥٤ ومسلم : ٢/٩٧٧] •

وإن غربت بمحرم : أفضى ذلك إلى تغريب من ليس بزان ، ونفي من لا ذنب له ، وإن كلفت أجرته ففي ذلك زيادة على عقوبتها ، كما لو زاد ذلك على الرجل ، ولذا يخصص عموم الحديث الوارد بالرجل لهذه المعاني •

ولهذا المعنى أيضاً قال رحمه الله تعالى : لا يغرب العبد ، لأن نفي العبد عقوبة لمالكه بمنعه منفعته مدة نفيه ، وتصرف الشرع يقتضي ألا يعاقب غير الجاني •

ومن الحجة لمالك : ما رواه في الموطأ [٢/٨٢٦] عن نافع : أن صفية بنت أبي عبيد أخبرته أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أتى برجل قد وقع على جارية بكر فأحبلها ، ثم اعترف على نفسه بالزنا ولم يكن أحصن ، فأمر به أبو بكر فجلد الحد ، ثم نفي إلى فدك • [وانظر الزرقاني على الموطأ : ٥/٩٨]

ووجه الاستدلال به أنه ذكر فيه نفي الرجل ولم يذكر نفي المرأة ، مع أن كلاً منهما بكـر •

قال في المغني [٩/٤٣ ، ٤٤] : وقول مالك فيما يقع لي أصح الأقوال وأعدلها وعموم الخبر مخصوص بخبر النهي عن سفر المرأة بغير محرم ، والقياس على سائر الحدود لا يصح ، لأنه يستوي الرجل والمرأة في الضرر الحاصل بها ، بخلاف هذا الحد ، ويمكن قلب هذا القياس بأنه حد ، فلا تزاد فيه المرأة ما على الرجل كسائر الحـدود[1] •

المسألة الثانية عشرة : الغرم على السارق :

اتفق الأئمة على : أنه إذا قطعت يد السارق ، ثم وجدت عين المسروق عنده ولم تتغير ردت إلى صاحبها •

---

(١) أي وإذا كلفت أجرة المحرم كان في ذلك زيادة في الحد عليها .

واختلفوا فيما : إذا تلفت عين المسروق أو نقصت ، هل يضمنها السارق بعد القطع :

١ ـ ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى : وجوب الغرم ، وأن القطع لا يسقط الضمان •

قال في الأم [٦/١٣٩] : وإذا وجدت السرقة في يد السارق قبل[1] يقطع ردت إلى صاحبها وقطع ، وإن كان أحدث في السرقة شيئاً ينقصها ردت إليه ، وما نقصها ضامن عليه يتبع به ، وإن أتلف السلعة قطع أيضاً ، وكانت عليه قيمتها يوم سرقها ، ويضمن قيمتها إذا فاتت •

وقال الخرقي [المغني : ٩/١٢٩] : وإذا قطع : فإن كانت السرقة باقية ردت إلى مالكها ، وإن كانت تالفة فعليه قيمتها ، وسواء كان موسراً أو معسراً •

٢ ـ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى : أنه لا غرم إذا لم يوجد المسروق بعينه •

قال في بداية المبتدي [٤/٢٦١] : وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها ، وإن كانت مستهلكة لم يضمن •

٣ ـ وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أنه : يضمن قيمة المسروق إن كان موسراً ، وإن كان معسراً فلا يتبع به •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٤٤٢] : فرق مالك وأصحابه فقال : إن كان موسراً اتبع السارق بقيمة المسروق ، وإن كان معسراً لم يتبع به إذا أثرى ، واشترط مالك دوام اليسر إلى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم •

الأدلـة •

١ ـ عمدة القائلين بالغرم مطلقاً :

آ ـ أن القطع والغرم حقان يجبان لمستحقَّيْن ـ فالقطع يجب حقاً لله تعالى ،

---

(١) النص هكذا في الأصل بدون أن قبل الفعل •

والغرم يجب حقاً للآدمي المسروق منه ــ فجاز اجتماعهما ، كالجزاء والقيمة في الصيد الحرمي المملوك ، وإذا جاز اجتماعهما فلا يسقط أحدهما الآخر ولا يمنع منه ، قال الشافعي : والقطع لله ، لا يسقط غرمه ما أتلف للناس • وإذا وجب الغرم مع القطع فلا يوجب الفقر إسقاط مال الغير •

ب ــ أنها عين يجب ضمانها ــ بالرد لو كانت باقية ، وبالقيمة إذا كانت تالفة ولم يقطع ــ إجماعاً ، فكذلك إذا تلفت بعد القطع ، قياساً على سائر الأموال المتلفة قال في الأم : وكل من أتلف لإنسان شيئاً ــ مما يقطع فيه أو لا يقطع ــ فلا فرق بين ذلك ، ويضمنه من أتلفه •

[المغني : ٩/١٣٠ ، مغني المحتاج : ٤/١٧٧ ، الأم : ٦/١٣٩]

٢ ــ حجة الحنفيــة :

آ ــ قوله ﷺ : (لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه) رواه النسائي والدارقطني وهذا لفظه[1] • ذكر ابن الهمام تضعيف العلماء له بالإرسال ثم قال : وعندنا الإرسال غير قادح بعد ثقة الراوي وأمانته •

قال في شرح العناية : لا يقال : هذا الحديث يدل على أن العين إذا كانت قائمة لا ترد إلى صاحبها ، لأن ذلك لا يسمى غرماً ، وترد لبقائها على ملكه •

ب ــ قالوا : إن وجوب الضمان ينافي القطع ، لأن الغارم يتملك المسروق بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ ، وعندها يتبين أن الأخذ ورد على ملكه ، فينتفي القطع للشبهة ، لكن القطع ثابت قطعاً ، فما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفي ، والمؤدي إليه هو الضمان ، فينتفي •

جـ ــ قالوا أيضاً : إن المسروق لا يبقى ــ مع القطع ــ معصوماً حقا للعبد ، إذ لو بقي لكان مباحاً في نفسه ــ لأنه عرف بالاستقراء أن ما هو حرام حقا للعبد ، فهو مباح في نفسه ــ وعندها يكون المال للسارق حراماً من وجه دون وجه ، فينتفي

---

(١) ولفظ النسائي : (لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد) . (عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه) قال : وهذا مرسل وليس بثابت . (٨/٨٥) .

القطع للشبهة ، إذ الشبهة أن تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه ، والقطع ثابت بالإجماع ، فدل على أنه لم يبق المال معصوماً حقا للعبد ، وإذا ثبت هذا : صار المال محرماً حقاً للشرع ، كالميتة ، ولا ضمان فيه [الهداية وشروحها : ٤/٢٦١-٢٦٣] .

٣ ـ وعمدة مالك رحمه الله تعالى في التفريق بين الموسر والمعسر المصلحة المرسلة .

قال ابن رشد : وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس .

وإذا ذكر الاستحسان عند مالك كان المراد به الاستصلاح .

قال ابن رشد : ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل [بداية المجتهد : ٢/٤٤٣ ، ١٨٤] .

المسألة الثالثة عشرة : شهادة الصبيان في الجراح :

اتفق الأئمة على اشتراط البلوغ في قبول الشهادة جملةً ، واختلفوا في قبول شهادة الصبيان في جراح بعضهم بعضا :

١ ـ فذهب مالك رحمه الله تعالى إلى قبولها ، إذا شهدوا قبل أن يتفرقوا أو يعلّموا .

قال في الموطأ [٢/٧٢٦] : وإنما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها لا تجوز في غير ذلك ، إذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا أو يخببوا[١] أو يعلموا .

٢ ـ وذهب الشافعي وأبو حنيفة رحمهم الله تعالى إلى : أنها لا تقبل مطلقاً .

قال الشافعي [الأم : ٧/٤٤] : لا تجوز شهادة الصبيان في حال من الأحوال . وقال في موطن آخر [٧/١١٧] : ولا تجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح ولا غيرها ، قبل أن يتفرقوا ، ولا بعد أن يتفرقوا .

وقال ابن الهمام [فتح القدير : ٦/٢] : وشرطها (أي الشهادة) البلوغ والعقل والولاية ـ فخرج الصبي والعبد ـ والسمع والبصر ، للحاجة إلى التمييز بين المدعي والمدعى عليه .

---

(١) يخدعوا (المصباح) .

٣ ـ وعن أحمد رحمه الله تعالى : ثلاث روايات ، والمذهب أنها لا تقبل مطلقاً •

قال ابن قدامة [المغني : ١٠/١٤٤] : فلا تقبل شهادة صبي لم يبلغ بحال •

وعن أحمد رواية أخرى : أن شهادتهم تقبل في الجراح ، إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التي تجارحوا عليها ، لأن الظاهر صدقهم •

وروي عن أحمد رواية ثالثة : أن شهادته تقبل إذا كان ابن عشر ، قال ابن حامد : فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم في غير الحدود والقصاص ، كالعبيد •

قال : والمذهب أن شهادتهم لا تقبل في شيء •

الأدلـة :

١ ـ أما مالك رحمه الله تعالى : فالظاهر أنه اجتمع له في هذا ثلاثة أدلة ، كل منها حجة عنده ـ على ما سنرى ـ وهي :

ـ المصلحة المرسلة : فالظاهر أنه رأى صدقهم غالباً في هـذه الحال ، وأنه إذا لم تقبل شهادتهم ضاع حق بعضهم ، طالما أنه لا يوجد معهم من تقوم بهم البينة ، والغالب من حالهم ـ في ألعابهم واجتماعهم ـ أنهم لا يحضرهم الكبار ، ولذا خص قبول شهادتهم بالحال التي وصفها • قال ابن رشد [بداية المجتهـد : ٢/٤٥٣] : وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة •

ـ عمل أهل المدينة : فقد قال في الموطأ [٢/٧٢٦] : الأمر المجتمع عليه عندنا : أن شهادة الصبيان تجوز فيما بينهـم من الجراح ، ولا تجوز على غيرهم ، وإنما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها ، لا تجوز في غير ذلك إذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا أو يخببوا أو يعلموا ، فإن افترقوا فلا شهادة لهم ، إلا أن يكونوا قـد أشهدوا العدول على شهادتهم قبل أن يتفرقوا •

ـ عمل الصحابي : وذلك ما رواه في الموطأ [٢/٧٢٦] من أن عبد الله بـن الزبير رضي الله عنهما : كان يقضي بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح •

٢ ــ وأما حجة الجمهور :

ــ النصوص : ومنهــا :

ــ قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » / البقرة : ٢٨٢ / • وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ •

ــ قوله تعالى : « وأشهدوا ذوي عدل منكم » / الطلاق : ٢ / • فالإجماع على اشتراط العدالة في الشهادة ، ومن شرط العدالة البلوغ •

ــ قوله تعالى : « ممن ترضون من الشهداء » / البقرة : ٢٨٢ / • والصبي ممن لا يرضى ، قال الشافعي : لا تجوز شهادة الصبيان في حال من الأحوال ، لأنهم ليسوا ممن نرضى من الشهداء ، وإنما أمرنا الله عز وجل أن نقبل شهادة من نرضى •

ــ قولــه تعالى : « ولا تكتموا الشهــادة ومن يكتمها فإنــه آثم قلبــه » / البقرة : ٢٨٣/ •

أخبر الله تعالى : أن الشاهد هو الذي يأثم إذا كتم شهادته ، والصبي لا يأثم ، فيدل على أنه ليس بشاهد •

ــ القياس : وذلك من وجهين :

ــ أن من تقبل شهادته في شيء قبلت في كل شيء ، ومن قبلت شهادته في حــال قبلت في كل حال ، ومن قبلت شهادته على مشهود عليه قبلت على غيره ، فقبــول شهادة الصبي ــ في الجراح دون غيرها ، وقبولها قبل الافتراق لا بعده ، وقبولها على الصبي دون البالغ ــ أمر غير معروف ، ومخالف للقياس •

قال الشافعي : ومن قبلنا شهادته قبلناها حين يشهد بها في الموقف الذي يشهد بها فيه وبعده ، وفي كل حال ، ولا أعرف مكان من تقبل شهادته قبل أن يعلم ويجرب ويفارق موقفه ، إذا علمنا أن عقل الشاهد هكذا ، فمن أجاز لنا أن نقبل شهادة من لا يدري ما لله ــ تبارك وتعالى اسمه ــ عليه في الشهادة وليس عليه بفرض • وقال : لا أعرف شاهداً يكون مقبولاً على صبي ولا يكون مقبولاً على بالغ ، ويكون مقبولاً في مقامه ومردوداً بعد مقامه ، والله سبحانه وتعالى الموفق •

وقال ابن قدامة : ومن لا تقبل شهادته في المال ، لا تقبل في الجراح ، كالفاسق ، ومن لاتقبل شهادته على من ليس بمثله ، لا تقبل على مثله ، كالمجنون .

ــ الإقرار أوسع من الشهادة ــ حيث إنه يقبل فيه قول من لا تصح شهادتهم ــ ومع ذلك لايقبل إقرار الصبي على نفسه،فمن باب أولى أن لاتقبل شهادته على غيره.

قال ابن قدامة : ولأن من لا يقبل قوله على نفسه في الإقرار ، لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون ، والإقرار أوسع ، فيقبل ممن لا تصح شهادتهم .

ــ قول الصحابي : فقد ورد أن ابن عباس رضي الله عنهما خالف ابن الزبير ورد شهادتهم .

قال الشافعي بعد تقريره رأيه : وهذا قول ابن عباس رضي الله عنهما ، وخالفه ابن الزبير وقال : نجيز شهادتهم إذا لم يتفرقوا ، وقول ابن عباس رضي الله عنهما أشبه بالقرآن والقياس[1] .

[الأم : ٧/٤٤ ، ١١٧ ، المغني : ١٠/١٤٤ ــ ١٤٥ ، الهداية وشروحها : ٦/٢ــ١٠]

المسألة الرابعة عشرة : تحليف المدعى عليه :

اتفق الأئمة على أنه إذا كانت الدعوى في الأموال ، ولم تكن للمدعي بينة ، وجبت اليمين على المدعى عليه .

واختلفوا هل يحلف كل مدعى عليه (في هذه الحال) أو لا يحلف إلا من ثبتت بينه وبين المدعي خلطة ؟

١ ــ ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أنه : لا يحلف المدعى عليه إلا إذا كانت بينه وبين المدعي مخالطة أو ملابسة .

جاء في الموطأ [٢/٧٢٦] : أنه من ادعى على رجل بدعوى نُظِر : فإن كانت

---

(١) سيأتي أن الشافعي يأخذ بقول الصحابي الأشبه بالقياس وظاهر القرآن إذا اختلف الصحابة .

بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف المدعى عليه ، فإن حلف بطل ذلك الحق عنه ، وإن أبى أن يحلف ، ورد اليمين على المدعي ، فحلف طالب الحق أخذ حقه .

٢ ــ وذهب الأئمة الثلاثة ــ الشافعي وأحمد وأبو حنيفة ــ رحمهم الله تعالى إلى : أن اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى ، ولم يشترطوا في ذلك شيئاً .

قال في الأم [٦/٢٣٧] : ما كان بيد مالك ــ من كان المالك ــ من شيء يملك ــ ما كان المملوك ــ فادعاه من يملك بحال ، فالبينة على المدعي ، فإن جاء بها أخذ ما ادعى ، وإن لم يأت بها ، فعلى المدعى عليه الشيء في يديه اليمين بإبطال دعواه فإن حلف برىء ، وإن نكل قيل للمدعي : لا نعطيك بنكوله شيئاً دون أن تحلف على دعواك مع نكوله ، فإن حلفت أعطيناك دعواك ، وإن أبيت لم نعطك دعواك .

قال : وسواء كانت بينهما مخالطة أو لم تكن .

وقال في المغني [١٠/٢٠٣ ، ٢١٣] : وتشرع اليمين في حق كل مدعى عليه ، سواء كان مسلماً أو كافراً ، عدلاً أو فاسقاً ، امرأة أو رجلاً . وقال : فإذا لم تكن للمدعي بينة حلف المدعى عليه وبرىء .

وجاء في الهداية [٦/١٥١] : وإذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها ، فإن اعترف قضى عليه بها ، وإن أنكر سأل المدعي البينة ، فإن أحضرها قضى بها ، وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها .

الأدلـة :

١ ــ عمدة مالك رحمه الله تعالى فيما ذهب إليه النظر إلى المصلحة : حتى لا يتخذ الناس الدعاوى ذريعة إلى القضاء ، فيحصل الأذى لكثير من الناس دون مبرر . قال : ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٤٦١] : وقال مالك : لا تجب اليمين إلا بالمخالطة وقال بها السبعة من فقهاء المدينة ، وعمدة من قال بها النظر إلى المصلحة ، لكيلا يتطرق الناس بالدعاوى إلى تعنيت بعضهم بعضا ، وإذاية بعضهم بعضا .

وقال الزرقاني [شرح الموطأ : ٤/٣٨٦] : لئلا يبتذل أهل السفه أهل الفضل بتحليفهم مراراً في اليوم الواحد ، فاشترطت الخلطة لهذه المفسدة .

ولمالك رحمه الله تعالى في هذه المسألة دليل آخر وهو عمل أهل المدينة . جاء في الموطأ [٢/٧٢٥] : قال يحيى : قال مالك : عن جميل بن عبد الرحمن المؤذن أنه كان يحضر عمر بن عبد العزيز — وهو يقضي بين الناس — فإذا جاء الرجل يدعي على الرجل حقاً نظر : فإن كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف الذي ادعي عليه ، وإن لم يكن شيىء من ذلك لم يحلفه . قال مالك : وعلى ذلك الأمر عندنا .

٢ — وعمدة الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى :

عموم قوله ﷺ : (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه) . [الترمذي : ٣/٦٢٦]

فإنه يتناول كل مدعى عليه ، ولم يفرق النبي ﷺ بين مدعى عليه وآخر . قال الشافعي : ووجدت النبي ﷺ يقول : واليمين على المدعى عليه ، فلا يجوز أن تكون على مدعى عليه دون مدعى عليه إلا بخبر لازم يفرق بينهما .

وبما أنه لا يوجد خبر يفرق بين مدعى عليه وآخر ، وجب الحكم باليمين على كل مدعى عليه حيث لا بينة للمدعي .

وورد أنه ﷺ سأل المدعي : (ألك بينة ؟ فقال : لا . فقال : لك يمينه)[1] .

وجه الاستدلال بهذه الرواية أنه ﷺ رتب وجوب اليمين على فقد البينة ، ولم يستفسر عن شيء سوى ذلك .

[الأم : ٦/٢٣٩ ، المغني : ١٠/٢٠٣ ، ٢١٣ ، حاشية الشرقاوي على شرح التحرير : ٢/٥٠٩—٥١٠ ، الهداية وشروحها : ٦/١٥١]

---

(١) اخرجه البخاري عن الأشعث بن قيس بلفظ (فليحلف بدل : لك يمينه) ٩/٩٠ ، ٣/٢٣٢ .

المسألة الخامسة عشرة : حبس المدين إذا ادعى الفلس :

اتفق الأئمة الأربعة على أن المدين إذا ادعى الفلس ، وأنه لامال له ــ وصدقه الغرماء ، أو قامت البينة على ذلك ــ أنه يجب إنظاره ولا يحبس • وذلك لقوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » / البقرة : ٢٨٠ / •

وأما إذا لم يصدقه الغرماء في أنه لا مال له ، ولم تقم بينة على ذلك ، فإنهم أيضاً اتفقوا على أنه يحبس حتى يتبين صدقه ، فإذا شهدت البينة بإعساره خلي سبيله • وإن اختلفوا في ملازمة غرمائه له وعدمها •

وإليك أقوال الأئمة والمذاهب في ذلك :

١ ــ قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأم [٣/١٨٩] : وإذا كان للرجل مال يرى في يديه ، ويظهر منه شيء ، ثم قام أهل الدين عليه فأثبتوا حقوقهم : فإن أخرج مالاً ، أو وجد له ظاهر يبلغ حقوقهم ، أعطوا حقوقهم ولم يحبس ، وإن لم يظهر له مال ولم يوجد له ما يبلغ حقوقهم حبس ، وبيع في ماله ما قدر عليه من شيء ، فإن ذكر حاجة دعي بالبينة عليها ، وأقبل منه البينة على الحاجة ، وأن لاشيء له إذا كانوا عدولاً خابرين به ، قبل الحبس ــ ولا أحبسه ــ ويوم أحبسه ، وبعد مدة أقامها في الحبس ، وأحلفه ــ مع ذلك كله ــ بالله ما يملك ، ولا يجد لغرمائه قضاء في نقد ولا عرض ولا بوجه من الوجوه ، ثم أخليه ، وأمنع غرمائه من لزومه إذا خليته •

٢ ــ وقال في بداية المبتدىء : قال أبو حنيفة : لا أحجر في الدين ، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه ، فإن كان له مال : لم يتصرف فيه الحاكم ، ولكن يحبسه أبداً حتى يبيعه في دينه • وقال : فإن لم يعرف للمفلس مال ، وطلب غرماؤه حبسه ــ وهو يقول : لا مال لي ــ حبسه الحاكم : في كل دين لزمه بدلاً عن مال في يده : كثمن المبيع وبدل القرض ، وفي كل دين التزمه بعقد : كالمهر والكفالة • وقال في الهداية : إن أقام البينة أنه لا مال له خلي سبيله •

قال في البداية : ولا يحول بينه وبين غرمائه • بعد خروجه من الحبس ويلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر [الهداية وشروحها : ٧/٣٢٤ــ٣٢٩] •

٣ ــ وقال الخرقي : ومن وجب عليه حق ، فذكر أنه معسر به ، حبس إلى أن يأتي ببينة تشهد بعسرته •

قال ابن قدامة : إن من وجب عليه دين حالّ ، فطولب به ولم يؤده ، نظر الحاكم : فإن كان في يده مال ظاهر أمره بالقضاء ، وإن لم يجد له مالاً ظاهراً فادعى الإعسار فصدقه غريمه لم يحبس ، ووجب إنظاره ، ولم تجز ملازمته ، وإن كذبه غريمه فلا يخلو : إما أن يكون عرف له مال ، أو لم يعرف :

فإن عرف له مال ــ لكون الدين ثبت عن معاوضة : كالقرض والبيع ، أو عرف له أصل مال ــ سوى هذا ــ فالقول قول غريمه مع يمينه ، فإذا حلف أنه ذو مال ، حبس حتى تشهد البينة بإعساره [المغني : ٤/٣٣٨ــ٣٣٩] •

٤ ــ وقال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٤٦١] : وأما إذا أقر الخصم : فإن كان المدعى فيه عيناً : فلا خلاف أنه يدفع إلى مدعيه ، وأما إذا كان مالاً في الذمة : فإنه يكلف المقر غرمه ، فإن ادعى العدم حبسه القاضي ــ عند مالك ــ حتى يتبين عدمه ، إما : بطول السجن أو بالبينة إن كان متهماً ، فإذا لاح عسره خلى سبيله •

هذه أقوال المذاهب والأئمة ، وكلها تصرح بحبس المدين حتى يثبت إعساره ، قال ابن المنذر : أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين • [المغني : ٤/٣٣٩]

وقال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٢٨٩] : وكلهم مجمعون على أن المدين إذا ادعى الفلس ، ولم يعلم صدقه ، أنه يحبس حتى يتبين صدقه ، أو يقر له بذلك صاحب الدين ، فإذا كان ذلك خلي سبيله •

الدليــل :

ــ والظاهر أن عمدة القول بالحبس ، إنما هو النظر إلى المصلحة ، حتى لا تضيع على الناس حقوقهم ، ويتوصل بعضهم إلى أكل أموال الناس بالباطل بمجرد

إعلان الفلس وادعاء العدم ، فالقول بالحبس ينبه مثل هؤلاء لأن يضعوا في حسابهم مغبة هذه الدعوى ، ويتصوروا ظلمة السجن وقساوته ، فينزجروا عما ـ قد يكونون ـ عزموا عليه من الإثم • فيكون القول بالحبس حفظاً وصيانة للأموال عن الضياع ، وذلك مصلحة يلتفت إليها في النظر الفقهي •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٢٨٩] : وإنما صار الكل إلى القول بالحبس في الديون ـ وإن كان لم يأت في ذلك أثر صحيح ـ لأن ذلك أمر ضروري في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض : وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضي المصلحة ، وهو الذي يسمى بالقياس المرسل •

والقياس المرسل هو المصلحة المرسلة في اصطلاح الأصوليين ، والقول به هو الاستصلاح •

★ ★ ★

الباب الثاني

في

الاستحسان وأثره

ويحتوي على فصلين:

الفصل الأول : الاستحسان

الفصل الثاني : أثر الاستحسان في المسائل الفقهية

الفصل الأول

الاستحسان

- تعريفه وتحرير محل النزاع
- مذاهب العلماء في حجيته وأدلتهم
- أنواعه عند القائلين بـــه

تعريـف :

الاستحسان في اللغة : استفعال ، مـن الحسن ، وهو عد الشيء واعتقـاده حسناً • [لسان العرب ، مادة : حسن]

وأما في اصطلاح الأصوليين :

١ ـ فقد عرفه الغزالي الشافعي في كتابـه المستصفى [١/١٣٧] بقوله : ما يستحسنه المجتهد بعقله • وقال عن هذا التعريف إنه : هو الذي يسبق إلى الفهم •

٢ ـ وعرفه الموفق ابن قدامة المقدسي الحنبلي في كتابه روضة الناظر [٨٥] بقوله : إن المراد به : العدول بحكم المسألة عن نظائرها ، لدليل خاص مـن كتاب أو سنة •

٣ ـ وعرفه أبو إسحاق الشاطبي المالكي بقوله :

وهو ـ في مذهب مالك ـ الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي[١] •

٤ ـ وعرفه أبو الحسن الكرخي الحنفي بقوله :

هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر ، لوجه أقوى يقتضي هذا العـــدول[٢] •

وقد ذكر الحنفية تعاريف عدة للاستحسان ، لعل أفضلها وأحسنها هو ما ذكره أبو الحسن الكرخي •

قال الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه أبو حنيفة [٣٤٣] : وأحسن تعريفـ في نظري ـ هو ما قاله أبو الحسن الكرخي • وقال : وإنما رأينا ذلك التعريـف أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان لأنه يشمل كل أنواعه ، ويبين أساسه ولبه : إذ

---

(١) الموافقات : ٤/٢٠٥ ، الاعتصام : ٢/١٣٩ .

(٢) الإحكام للآمدي : ٤/١٣٧ ، العضد على ابن الحاجب : ٢/٢٨٨ .

أساسه أن يجيء الحكم مخالفاً قاعدة مطردة ، لأمر يجعل الخروج عن القاعدة أقرب إلى الشرع من الاستمساك بالقاعدة ، فيكون الاعتماد عليه أقوى استدلالاً في المسألة من القياس ، ويصور أن الاستحسان ــ كيفما كانت صوره وأقسامه ــ يكون في مسألة جزئية ــ ولو نسبياً ــ في مقابل قاعدة كلية ، فيلجأ إليه الفقيه في هذه الجزئيــة ، لكيلا يؤدي الإغراق في القاعدة إلى الابتعاد عن الشرع في روحه ومعناه . هـ .

أقول : ويؤيد ما ذهب إليه الشيخ أبو زهرة ــ من أن هذا التعريف أشمل التعاريف ــ الرجوع إلى الفروع الفقهية الاستحسانية المنبثة في كتب المذاهب القائلة به ــ كما سنرى ــ إن شاء الله تعالى .

ويشبه تعريف الكرخي تعريفهم له : بأنه دليل يقابل القياس الجلي ، وقولهم هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه[1] .

٥ ــ وعرفه بعض متقدمي الحنفية بقوله : هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه[2] . ولذلك أطلقوا عليه أنه : القياس الخفي .

٦ ــ وبعضهم بقوله : إنه دليل ينقدح في ذهن المجتهد،ويعسر عليه التعبير عنه.

٧ ــ وعرفه بعضهم بقوله : هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة ، لمصلحة النــاس[3] .

تحرير محل النزاع في معنى الاستحسان :

بعد أن ذكرنا التعاريف المتعددة للاستحسان نحاول أن نحرر محــل النزاع فيه فنقول :

ليس الخلاف في جواز استعمال لفظ الاستحسان وإطلاقه ، فإن هذا اللفظ وارد ومستعمل في الكتاب والسنة وأقوال المجتهدين .

---

(١) كشف الأسرار : ٣/٤ ، شروح المنار : ٨١١ . وغيرها .
(٢) الإحكام : ١٣٧/٤ واكثر كتب الأصول .
(٣) العضد : ٢٨٨/٢ .

ـ أما الكتاب : فقوله تعالى « الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » /الزمر : ١٨/. وقوله تعالى : « وأمر قومك يأخذوا بأحسنها » /الأعراف : ١٤٥/.

ـ وأما السنة : فقوله ﷺ : (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)(١).

ـ وأما إطلاق المجتهدين :

فما نقل عن الأئمة من : أنهم استحسنوا دخول الحمام من غير تقدير عوض الماء المستعمل ، ولا تقدير مدة السكون فيها وتقدير أجرته .

وكذلك ما نقل عن الشافعي أنه قال في المتعة(٢) : أستحسن أن تكون ثلاثين درهماً . وقوله : أستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام . وقوله : أستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم المكاتبة(٣) .

ولا خلاف أيضاً في أن الاستحسان ـ إذا كان يراد به : ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني ، وإن كان مستقبحاً عند غيره ـ لا خلاف أنه مردود وباطل لاتفاق الأمة ـ قبل ظهور المخالفين ـ على أنه لا يجوز أن يقول أحد في شرع الله تعالى وأحكامه بشهوته وهواه ، من غير دليل شرعي ، يستوي في ذلك المجتهد والعامي(٤) .

وعلى هذا يكون الخلاف في معنى الاستحسان غير ما سبق ذكره .

وإذا أمعنا النظر في التعاريف السابقة للاستحسان تلخص لدينا ما يلي :

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية : غريب مرفوعاً ، ولم أجده إلا موقوفاً عن ابن مسعود رضي الله عنه ، وله طرق أحدها : رواه أحمد في مسنده (نصب الراية : ١٣٣/٤) وأخرجه أحمد في مسنده : ٣٦٠١/٥ .

(٢) ما يعطى للمرأة المطلقة غير المدخول بها والتي لم يعين لها مهر .

(٣) الأسنوي : ١٣٩/٣ ، الإحكام : ١٣٦/٤ ، المحصول ٢ : ٧٩٥ .

(٤) الأسنوي : ١٤٠/٣ ، الإحكام : ١٣٦/٤ .

١ ــ إذا نظرنا إلى الاستحسان بالمعنى الذي عرفه به أبو الحسن الكرخي الحنفي وما شابهه من التعاريف ، وجدنا أن العمل به محل اتفاق لدى جميع الأئمة وإن اختلفوا في التسمية ، وذلك لأننا نجد أن الاستحسان بهذا المعنى لا يخرج عن الأدلة الشرعية المتفق عليها . وكذلك إذا أخذناه بالمعنى المذكور في التعريف الخامس .

يقول سعد الدين التفتازاني في حاشيته على العضد : اعلم أن الذي استقر عليه رأي المتأخرين هو : أن الاستحسان عبارة عن دليل يقابل القياس الجلي الذي تسبق إليه الأفهام ، وهو حجة ، لأن ثبوته بالدلائل التي هي حجة إجماعاً لأنه :

ــ إما بالأثر : كالسلم ، والإجارة ، وبقاء الصوم في النسيان .

وإما بالإجماع : كالاستصناع .

ــ وإما بالضرورة : كطهارة الحياض والآبار .

ــ وإما بالقياس الخفي ، وأمثلته كثيرة . ثم قال : وأنت خبير بأنه على هذه التفاسير ليس دليلاً خارجاً عما ذكر من الأدلة[١] .

وقال الغزالي [المستصفى : ١/١٣٩] بعد إيراده هذا المعنى وأمثلته : وهذا مما لاينكر ، وإنما يرجع الإنكار إلى اللفظ ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحساناً من بين سائر الأدلة[٢] .

ويقول المحلي في شرحه على جمع الجوامع [٢/٣٥٣] بعد ذكره تعريف بعض متقدمي الحنفية : هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه ، ولا خلاف فيه بهذا المعنى ، فإن أقوى القياسين مقدم على الآخر قطعاً .

ومثل هذا الكلام يقال ــ من باب أولى ــ في المعنى الذي ذكره ابن قدامة المقدسي ، فإنه نقل عن القاضي يعقوب قوله : القول بالاستحسان مذهب أحمد رحمه

---

(١) حاشية السعد على العضد : ٢/٢٨٩ وانظر : فتح الغفار بشرح المنار : ٣/٣٠ .

(٢) انظر الشافعي لأبي زهرة : ٢٩٨ .

الله ، وهو : أن تترك حكماً إلى حكم هو أولى منه • وهذا مما لا ينكر ، وإن اختلف في تسميته ، فلا فائدة في الاختلاف في الاصطلاحات مع الاتفاق في المعنى •
[روضة الناظر : ٨٥]

٢ ــ وإذا أخذنا الاستحسان بالمعنى الذي عرفه بــه الشاطبي وجدنا : أنه يمكن اعتبار هذا المعنى محلاً للخلاف ، حيث إنه عدول عن القياس في مسألة جزئية إلى حكم آخر اقتضته مصلحة جزئية في هذه المسألة ، والاستحسان على هذا النحو مسلك ــ في استخراج الأحكام ــ غير الكتاب والسنة والإجماع والقياس • فهو يصلح محلاً للنزاع ، ولكن البحث فيه يتعلق ببحث المصالح المرسلة أكثر من تعلقه بالاستحسان ، لأنه فرع منها ، إذ إن فيه عدولا عن مقتضى حكم القياس في قضية إلى حكم آخر إذا كان القياس يؤدي إلى حرج غير عادي أو إلى ضرر غالب أعظم مــن المصلحــة المتوخاة في إعمال القياس ، يؤكد هذا ما قالــه الشاطبي بعد تعريفــه الاستحسان : ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس ، فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه،وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمراً ، إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى ، أو جلب مفسدة كذلك •
[الموافقات : ٢٠٦/٤] وهذا هو الاستصلاح على الإجمال •

على أننــا نستطيع القول : إن الاستحسان بهــذا المعنى يختلف عن قاعدة الاستصلاح ، من حيث إن الاستحسان أخذ بمصلحة جزئية تخالف مقتضى القواعد القياسية على سبيل الاستثناء من تلك القواعد ، بينما بناء الحكم على مقتضى المصلحة المرسلة : لا يشترط فيه أن يكون ثمة قياس يعارضها ، بل المصلحة فيها هي الدليــل الوحيد • قال الشاطبي بعد ذكره مسائل على الاستحسان : فإن قيل : هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان ، قلنا : نعم ، إلا أنهم صوروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد ، بخلاف المصالح المرسلة[1] •

---

(١) الاعتصام : ١٤١/٢ وانظر : المدخل الفقهي : ٧٦/١ــ٧٩ وكتاب مالك لأبي زهرة : ٣٥٧ــ٣٥٨ .

٣ ــ ذكر الآمدي في الإحكام : أن النزاع إنما هو في إطلاقهم الاستحسان على العدول عن حكم الدليل إلى العادة •

على أن أكثر الأصوليين ــ ومنهـم الآمدي ــ يرون أن هذا المعنى لا يصلح محلاً للنزاع أيضاً ، وذلك لأن العادة : إن كان يراد بها :

ــ ما ثبت في زمانه ﷺ ــ من غير إنكار منه ــ كان الحكم ثابتاً بالسنة •

ــ أو ما جرى في عهد الصحابة رضي الله عنهم ــ من غير إنكارهم عليه ــ كان الحكم ثابتاً بالإجماع •

وفي هذين الحالين يعمل بهذه العادة بالاتفاق •

وإن كان يراد بالعادة شيء آخر غير ما ذكر ــ مما لم تثبت حجيته : كالعادات المستحدثة للعامة فيما بينهم ــ كانت هذه العادة مردودة قطعاً ، ويمتنع ترك الدليل الشرعي بهـا •

وعلى هذا لا يصلح هذا المعنى للاستحسان محلاً للنزاع[١] •

على أن هذا يتعلق ببحـث العرف ، وهل يقدم على القياس عنـد التعارض أم لا ؟ •

٤ ــ والظاهر من كلام بعض الأصوليين أن الخلاف يظهر في موطنين :

أحدهما : استعمال الاستحسان بالمعنى الذي عرفه به متقدمو الحنفية بقولهم : دليل ينقدح في ذهن المجتهد لا تساعده العبارة عنه ، حيث وصفه ــ بعض النافين للاستحسان ــ بأنه هوس ووهم وخيال[٢] •

وقيل إن هذا المعنى هو أكثر ما كان يقصده متقدمو الحنفية ، ويشبه أن يكون هو مراد الإمام أبي حنيفة نفسه • [ضوابط المصلحة : ٢٣٧]

---

(١) الإحكام : ١٣٨/٤ ، العضد : ٢٨٨/٢ ، حاشية البناني على المحلي : ٣٥٣/٢

(٢) المستصفى : ١٣٩/١ ، روضة الناظر : ٨٦ ، الأسنوي : ١٣٨/٣ (منهاج البيضاوي) .

على أن أكثر الأصوليين يرون أن هذا المعنى ـ أيضاً ـ لا يصلح محلاً للنزاع لأنه متردد بين القبول والرد ، إذ إن ما ينقدح في نفسه :

ـ إن كان بمعنى : أن المجتهد قد تثبت واطمأن لما انقدح في ذهنه من الدليل ، وأنه من الأدلة الشرعية ، فلا خلاف في وجوب العمل عليه بهذا الدليل ، ولا أثر لعجزه عن التعبير عنه ، إلا إذا أراد أن يجادل غيره فلا بد من إظهاره .

ـ وإن كان بمعنى : أن المجتهد شاك ومتردد : هل ما انقدح في نفسه دليل محقق ، أم هو وهم مجرد فاسد ، فلا خلاف حينئذ في رد هذا المعنى ، وبطلان مثل هذا الدليل .

الموطن الثاني : هو استعمال الاستحسان بالمعنى الذي عرفه به الغزالي بقوله :

ما يستحسنه المجتهد بعقله : حيث إن هذا المعنى للاستحسان هو الذي يسبق إلى الفهم ، كما قال الغزالي . والظاهر أن المراد بهذا ما يستحسنه المجتهد بعقله دون أن يكون هناك دليل يستند إليه من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس ، ولذلك وصفه الشافعي بقوله : وإنما الاستحسان تلذذ [الرسالة : ٥٠٧] . ولا يمكن أن يكون مراد الشافعي ما سبق في معاني الاستحسان التي مردها إلى الأدلة المقبولة اتفاقاً . ويؤكد هذا قوله أيضاً : ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول ـ من غير أهل العلم ـ أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان .
[الرسالة : ٥٠٥] وقوله أيضاً [الأم : ٧/٢٧٠] :

وكل ما وصفت ـ مع ما أنا ذاكر ، وساكت عنه اكتفاء بما ذكرت منه عما لم أذكر : من حكم الله ، ثم حكم رسوله ﷺ ، ثم حكم المسلمين ـ دليل على أن لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكماً ومفتياً أن يحكم ، ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم ، وذلك الكتاب ، ثم السنة ، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه ، أو قياس على بعض هذا ، ولا يجوز له أن يحكم بالاستحسان ، إذ لم يكن الاستحسان واجباً ولا في واحد من هذه المعاني . هـ . قال الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه الشافعي [٢٨٦] بعد سوقه هذا النص :

هذه الجملة لها نظائر في كتاب إبطال الاستحسان ، وفي كتاب جماع العلم ، وفي الرسالة وفي غيرها من ثنايا كتاب الأم ، وهي ـ ونظائرها ـ تدل على : أن كل اجتهاد لم يعتمد فيه المجتهد على الكتاب ، أو السنة ، أو أثر ، أو إجماع ، أو على قياس على واحد منها يكون استحساناً ، لأن المجتهد يكون قد أخذ فيه بما يستحسن لا بما أعطاه الدليل بنصه أو بدلالته . اهـ .

على أن هذا المعنى ـ الذي قصده الشافعي رحمه الله تعالى ومن بعده الغزالي ـ لا يصلح ـ في الحقيقة ـ محلاً للنزاع ، لأن خلاصته : أنه قول في الدين من غير دليل شرعي بل بالتشهي والهوى ، وقد سبق القول بأن الأمة متفقة على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في شرع الله تعالى وأحكامه بميله وهواه من غير دليل شرعي .

ومن ناحية أخرى : نرى أن معاني الاستحسان المتعددة التي سبق ذكرها ـ وخاصة ما ذكره القائلون بالاستحسان على ما سنرى ـ لا تنطبق على هذا المعنى .

قال الشاطبي [الاعتصام : ٢/١٣٨] بعد ذكره تعريف الاستحسان وأقوال بعض الأئمة فيه : وهذا الكلام لا يمكن أن يكون بالمعنى الذي تقدم قبل ، وأنه ما يستحسنه المجتهد بعقله ، أو أنه دليل ينقدح في نفس المجتهد تعسر عبارته عنه ، فإن مثل هذا لا يكون تسعة أعشار العلم ، ولا أغلب من القياس الذي هو أحد الأدلة .

هذا ، ومن الصراحة أن أقول : إنني بعد هذه الجولة في تحرير محل النزاع ، أجدني مضطراً إلى القول بما قاله أكثر الأصوليين في هذا الباب : من أنه ـ في الحقيقة ـ لا يتحقق معنى للاستحسان يصلح محلاً للنزاع ، ولا يعدو الخلاف أن يكون خلافاً في التسمية ، ولا حاصل للنزاع اللفظي .

قال العضد : والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه . وقال الأسنوي : وقد تلخص من هذه المسألة : أن الحق ما قاله ابن الحاجب وأشار إليه الآمدي أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه . وقال المحلي بعد ذكره التعاريف والجواب عنها : فلم يتحقق معنى للاستحسان مما ذكر يصلح محلاً للنزاع[1] .

---

(١) العضد : ٢/٢٨٨ ، الأسنوي : ٣/١٤١ ، حاشية البناني : ٢/٣٥٣ وانظر ضوابط المصلحة : ٢٤٥ ـ ٢٤٦ .

مذاهب العلماء في حجية الاستحسان :

رغم ما ذكرناه ــ في تحرير محل النزاع من أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه يصلح محلاً للنزاع ــ فلقد تباعد القول في حجيته وعدمها ، فمن قائل : إنه تسعة أعشار العلم ، ومن قائل : من استحسن فقد شرع • وسنعرض لآراء المذاهب في هذا ثم نذكر ما استدل به كل من القائلين بحجيته والمبطلين له •

١ ــ الحنفيــة :

قال الشيخ أبو زهرة في كتابه أبو حنيفــة [٣٤٢] : أكثر أبو حنيفــة من الاستحسان وكان فيــه لايجارى ، حتى لقد قال فيــه محمد رضي الله عنه : إن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس ، فإذا قال : أستحسن لم يلحق به أحد • ولقد كان يقيس ما استقام له القياس ولم يقبح ، فإذا قبح القياس ، استحسن ولاحظ تعامل الناس • اهـ •

وهذه الحقيقة التي يذكرها الشيخ أبو زهرة لا تحتاج إلى كثير عناء لإثباتها فجميع كتب الأصول تذكر : أن الحنفية يقولون بالاستحسان ، وحسبنا أن تتصفح أي كتاب من كتب الفروع في المذهب الحنفي لنرى كثرة المسائل الاستحسانية تنبث في جميع الأبواب الفقهية • وخدمة للموضوع فلقد تصفحت كتاب الهداية للمرغيناني ــ الذي يعتبر عمدة في المذهب الحنفي ــ وأحصيت المسائل الاستحسانية فيه ، فإذا بها بضع وسبعون ومائة مسألة ، وهذا يكفي للقول بأن الحنفية : هم أول من يقول بالاستحسان ، وأنهم أكثروا منه • بل المشهور أنهم ــ هم وحدهم ــ الذين يقولون به ، كما تذكر أكثر كتب الأصول[1] •

٢ ــ المالكيــة :

قال الشاطبي : إن الاستحسان يراه معتبراً في الأحكام مالك وأبو حنيفة •وقال: بل قد جاء عن مالك أن الاستحسان تسعة أعشار العلم ، ورواه أصبغ عن ابن القاسم

---

(١) انظر : البناني : ٣٥٣/٢ ، المستصفى : ١٣٦/١ .

عن مالك ، قال أصبغ في الاستحسان : قد يكون أغلب من القياس ، وجاء عن مالك : أن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة[1] .

فهذه النصوص صريحة في أن مالكاً وأصحابه رحمهم الله تعالى قد أخذوا بالاستحسان وأكثروا منه .

قال الشيخ أبو زهرة في كتابه مالك [٣٥٢] : تضافرت المصادر التي تثبت أن مالكاً رضي الله عنه كان يأخذ بالاستحسان ، فالقرافي يذكر : أنه كان يفتي على مقتضى الاستحسان أحياناً ، ويقول فيه : قال به مالك رحمه الله في عدة مسائل في تضمين الصناع المؤثرين في الأعيان بصنعتهم ، وتضمين الحمالين للطعام والإدام دون غيرهم . اهـ .

وتجدر الإشارة هنا إلى : أن ما يريده المالكية من الاستحسان ليس هو عين ما يريده الحنفية ، وإن كانوا يلتقون معهم في بعض أنواعه ، ويتضح ذلك من الأمثلة التي ذكرها القرافي مع ما سبق بيانه عند الكلام عن تعريف الاستحسان وتحرير محل النزاع فيه .

بل إن هذه المسائل التي ذكرها القرافي هي من أبرز المسائل المعتمد فيها على الاستصلاح عندهم[2] .

٣ ـ الحنابلة :

تذكر بعض كتب الأصول : أن الحنابلة يقولون بالاستحسان كما يقول به الحنفية ، ذكر ذلك الآمدي وابن الحاجب .

جاء في الإحكام للآمدي [٤/١٣٦] : وقد اختلف فيه : فقال به أصحاب أبي حنيفة وأحمد بن حنبل ، وأنكره الباقون . اهـ .

---

(١) الاعتصام : ٢/١٣٧ ، ١٣٨ ، الموافقات : ٤/٢١٠ .

(٢) انظر مسألة تضمين الصناع : الفصل الثاني من الباب السابق .

وجاء في مختصر ابن الحاجب [٢/٢٨٨] : الاستحسان قال به الحنفيةوالحنابلة وأنكره غيرهم • اهـ •

وخالفهما في ذلك الجلال المحلي في شرحه على جمع الجوامع [٢/٣٥٣] فقال : الاستحسان قال به أبو حنيفة ، وأنكره الباقون من العلماء منهم الحنابلة ، خلاف قول ابن الحاجب : قال به الحنفية والحنابلة • اهـ •

والذي يذكره الموفق ابن قدامة الحنبلي يوافق ما ذكره الآمدي وابن الحاجب، حيث قال في روضة الناظر [٨٥] : قال القاضي يعقوب : القول بالاستحسان مذهب أحمد رحمه الله • اهـ •

على أن المراد ــ أيضاً ــ نوع خاص من الاستحسان ، وليس على إطلاقه ، كما بينا ذلك في الكلام عن معنى الاستحسان وتحرير محل النزاع فيه •

٤ ــ الشافعية :

وأما الشافعية ــ وعلى رأسهم إمامهم الشافعي رحمه الله تعالى ــ فالمشهور عنهم أنهم لا يقولون به ، بل شددوا النكير على من اعتبره حجة في استنباط الأحكام ولا أدل على ذلك من قول الشافعي المشهور : من استحسن فقد شرع[1] •

وقال في الأم [٧/٢٧٠] : وكل ما وصفت ــ مع ما أنا ذاكر ، وساكت عنه اكتفاء بما ذكرت منه عما لم أذكر من حكم الله ، ثم حكم رسوله ﷺ ، ثم حكم المسلمين ــ دليل على أن لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكماً ، أو مفتياً ، أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم ، وذلك الكتاب ، ثم السنة ، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه ، أو قياس على بعض هذا ، ولا يجوز له أن يحكم ولا يفتي بالاستحسان ، إذ لم يكن الاستحسان واجباً ولا في واحد من هذه المعاني •

وقال أيضاً بعد ذكره أدلة على بطلان الاستحسان [٧/٢٧٣] : وكل أمر الله جل ذكره ــ وأشباه لهذا ــ تدل على إباحة القياس وحظر أن يعمل بخلافه من الاستحسان •

---

(١) تذكر هذا القول عنه غالب كتب الأصول إن لم نقل جميعها .

وجاء في الرسالة [٥٠٤ ، ٥٠٥] : فهل تجيز أنت أن يقول الرجل أستحسن بغير قيــاس ؟ •

فقلت : لا يجوز هذا عندي ــ والله أعلم ــ لأحد ، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم ، لأن يقولوا في الخبر ــ باتباعه فيما ليس فيه الخبر ــ بالقياس على الخبر •

وقال : وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسوله ولا في القياس • اهـ •

هذه النصوص ــ وكثير غيرها في كلام الشافعي ــ فيها بيان لرأي الشافعي في الاستحسان ، لا يحتاج إلى مزيد إيضاح وتفصيل ، وهي صريحة أنه لا يجوز ــ عنده ــ القول بالاستحسان ، بغض النظر عن المعنى الذي يقصده به ، كما بينت في تحرير محل النزاع •

الأدلــة :

أدلة القائلين بالاستحسان :

ذكر الأصوليون : أن هناك أدلة تمسك بها القائلون بالاستحسان منها :

١ ــ الكتــاب :

ــ قوله تعالى « الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » / الزمر : ١٨ / •

وجه الاحتجاج بهــا : ورودها في معرض الثناء والمدح لمتبع أحسن القول • قال السرخسي [المبسوط : ٢٠/١٤٥] : والقرآن كلــه حسن ، ثــم أمر باتباع الأحسن • اهـ •

ــ قوله تعالى « واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم » / الزمر : ٥٥ / •

وجه الاستدلال : أنه أمر باتباع أحسن ما أنزل ، فدل على ترك بعض واتباع بعض بمجرد كونه أحسن ، وهو معنى الاستحسان ، والأمر للوجوب ، ولولا أنه حجة لما كان كذلك •

٢ ـ السنة :

قوله ﷺ : (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)(١) •

قالوا : دل على أن ما رآه الناس في عاداتهم ونظر عقولهم مستحسناً فهو حق في الواقع ، إذ ما ليس بحق فليس بحسن عند الله تعالى ، وما هو حق وحسن عند الله تعالى فهو حجـة •

٣ ـ الإجمـاع :

وهو : أن الأمة قد استحسنت دخول الحمام من غير تقدير أجرة وعوض الماء ، ولا تقدير مدة السكون واللبث فيه ، وكذلك استحسانهم شرب الماء مـن أيدي السقائين من غير تقدير العوض ، ولا مبلغ الماء المشروب • ولا سبب لذلك إلا أن المشاحة في مثله قبيحة في العادة ، فاستحسن الناس تركه •

هذه بعض الأدلـة التي ذكرها الأصوليون حججاً يتمسك بهـا القائلون بالاستحسان وإن كان بعضهم قد سماها شبهاً ، وناقشها وردها(٢) •

ولقد ذكر الشاطبي : أن للأخذ بالاستحسان ــ على ما عرفه به ــ أمثلة كثيرة في الشرع • قال في الموافقات [٢٠٧/٤] بعد ذكر تعريف الاستحسان ومعناه : وله في الشرع أمثلة كثيرة :

كالقرض مثلاً ، فإنه ربا في الأصل ، لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل ، ولكنه أبيح ، لما فيه من المرفقة والتوسعة على المحتاجين ، بحيث لو بقي على أصل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين •

ومثله بيع العرية بخرصها تمراً ، فإنه بيع الرطب باليابس ، لكنه أبيح ، لما فيه

---

(١) انظر تخريج الحديث في تحرير محل النزاع [ص ١٢٤ حاشية ١] .

(٢) انظر شروح المنار : ٨١١ ، كشف الأسرار : ٣/٤ ، العضـد : ٢٨٩/٢ ، المستصفى : ١٣٨/١ ، الإحكام : ١٣٩/٤ ، وغيرها ، وانظر مناقشة هذه الأدلة في بحث الاستحسـان لدى الأصوليين في المراجع المذكورة وغيرها .

من الرفق ورفع الحرج بالنسبة إلى المعري والمعرَّى ، ولو امتنع مطلقا لكان وسيلة لمنع الإعراء ، كما أن ربا النسيئة : لو امتنع في القرض لامتنع أصل الرفق من هذا الوجه.

ومثله الجمع بين المغرب والعشاء للمطر ، وجمع المسافر ، وقصر الصلاة ، والفطر في السفر الطويل ، وصلاة الخوف ، وسائر الترخصات التي على هذا السبيل ، فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص ، حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك ، لأنا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة ، فكان من الواجب رعي ذلك المآل إلى أقصاه .

ومثله : الاطلاع على العورات في التداوي ، والقراض ، والمساقاة ، وإن كان الدليل العام يقتضي المنع ، وأشياء من هذا القبيل كثيرة .

ثم قال : هذا نمط من الأدلة الدالة على صحة القول بهذه القاعدة ، وعليها بنى مالك وأصحابه . اهـ .

قال الشيخ عبد الله دراز في تعليقه على الموافقات : أي : فهذه المسائل فيها تخصيص الدليل العام على المنع بالمصلحة الجزئية ، فبنى عليها مالك وأصحابه صحة ما يكون مثلها وسموه بالاستحسان ، فهذه المسائل ليست من باب الاستحسان ، لأنها كلها منصوصة الأدلة[1] .

أدلة الشافعي رحمه الله تعالى في إبطال القول بالاستحسان :

استدل الشافعي رحمه الله تعالى بأدلة كثيرة لإبطال القول بالاستحسان ، منها:

١ ــ أن الله سبحانه وتعالى لم يترك الإنسان سدى ، بل أمره ونهاه ، وبين له ما أمره به وما نهاه عنه ، في كتابه ، وعلى لسان نبيه ﷺ نصاً أو دلالة ، ومن قال بالاستحسان أجاز لنفسه أن يكون بمعنى السدى ، وخالف ما قال الله تعالى .

---

(١) الموافقات : ٢٠٧/٤ ، وانظر ما ذكره الأستاذ الشيخ محمد ابو زهرة في كتابه مالك : [٣٥٢] فإنه اعتبر هذه المسائل من المسائل الاستحسانية في مذهب مالك .

قال في الأم [٧/٢٧١] : فإن قال قائل : فما يدل على أن لا يجوز أن يستحسن إذا لم يدخل الاستحسان في هذه المعاني مع ما ذكرت في كتابك هذا ؟ قيل : قال الله عز وجل : « أيحسب الإنسان أن يترك سدى » / القيامة : ٣٦ / فلم يختلف أهل العلم بالقرآن ــ فيما علمت ــ أن السدى الذي لا يؤمر ولا ينهى ، ومن أفتى أو حكم بما لم يؤمر به فقد أجاز لنفسه أن يكون في معاني السدى ، وقد أعلمه الله أنه لم يتركه سدى ، ورأى أن قال : أقول بما شئت ، وادعى ما نزل القرآن بخلافه في هذا وفي السنن ، فخالف منهاج النبيين وعوام حكم جماعة من روى عنه من العالمين • اهـ •

ثم ذكر أمثلة عن حكم الرسول ﷺ بما أوحي إليه ، وانتظاره الوحي فيما لم ينزل عليه وحي ، والتزامه أمر الله تعالى أن يحكم بين الناس بما أوحى إليه به •

٢ ــ لا يجوز الحكم إلا بالخبر أو الإجماع أو القياس عليهما ، والقول بالاستحسان ليس قولاً بالخبر أو الإجماع ولا قياساً عليهما •

قال في الرسالة [٥٠٥] : وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز ، بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسوله ولا في القياس • فقال : أما الكتاب والسنة فيدلان على ذلك ، لأنه إذا أمر النبي بالاجتهاد ، فالاجتهاد أبداً لا يكون إلا على طلب شيء ، وطلب الشيء لا يكون إلا بدلائل ، والدلائل هي القياس •

وقال [٥٠٨] : ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله ، وجهة العلم بعد : الكتلب ، والسنة ، والإجماع ، والآثار ، وما وصفت من القياس عليها • اهـ •

وقال في الأم [٧/٢٧١] : وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلا وقد علم الحق ، ولا يكون الحق معلوماً إلا عن الله نصاً أو دلالة من الله ، فقد جعل الله الحق في كتابه ثم سنة نبيه ﷺ ، فليس تنزل بأحد نازلة إلا والكتاب يدل عليها نصاً أو جملة •اهـ•

٣ ــ أن الصحابة رضي الله عنهم : كانوا يحكمون بالخبر أو بالقياس عليه ، كما فعلوا في الحكم في جزاء الصيد ، فقد حكموا فيما ليس له مثل بأقرب الأشياء شبهاً بالنعم ، ولم يقولوا برأيهم واستحسانهم .

قال [الأم : ٧/٢٧٣] : قال الله جل ثناؤه : « لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم » .
/ المائدة : ٩٥ / . فكان معقولاً عن الله في الصيد : النعامة ، وبقر الوحش ، وحماره والثيتل[1] ، والظبي الصغير والكبير ، والأرنب ، واليربوع ، وغيره ، ومعقولاً أن النعم الإبل والبقر والغنم ، وفي هذا ما يصغر عن الغنم وعن الإبل وعن البقر ، فلم يكن المثل فيه في المعقول ــ وفيما حكم به من حكم من صدر هذه الأمة ــ إلا أن يحكموا في الصيد بأولى الأشياء شبها منه من النعم ، لم يجعل لهم ــ إذ كان المثل يقرب قرب الغزال من العنز ، والضبع من الكبش ــ أن يبطلوا اليربوع ، مع بعده من صغير النعم ، وكان عليهم أن يجتهدوا كما أمكنهم الاجتهاد ، وكل أمر الله جل ذكره ــ وأشباه لهذا ــ تدل على إباحة القياس ، وحظر أن يعمل بخلافه من الاستحسان ، لأن من طلب أمر الله بالدلالة عليه ، فإنما طلبه بالسبيل التي فرضت عليه ، ومن قال : أستحسن ــ لا عن أمر الله ولا عن أمر رسوله ﷺ ــ فلم يقبل عن الله ولا عن رسوله ما قال ، ولم يطلب ما قال بحكم الله ولا بحكم رسوله ، وكان الخطأ في قول من قال هذا بينا بأنه قد قال : أقول وأعمل بما لم أومر به ولم أنه عنه ، وبلا مثال على ما أمرت به ونهيت عنه ، وقد قضى الله بخلاف ما قال ، فلم يترك أحداً إلا متعبداً . اهـ .

٤ ــ لو جاز للمجتهد القول بما يستحسنه عقله ــ فيما ليس فيه خبر ــ لجاز لغيره من العوام ــ أصحاب العقول ــ أن يقولوا ذلك أيضاً ، وهذا لا يجوز بالاتفاق فكذلك لا يجوز للمجتهد أن يستحسن بعقله .

---

(١) قال في القاموس المحيط : الثيتل ــ كحيدر ــ الوعل ، أو جنس من بقر الوحش .

جاء في الرسالة [٥٠٤ ــ ٥٠٨] : فهل تجيز أنت أن يقول الرجل : أستحسن بغير قياس ؟ .

فقلت : لا يجوز هذا عندي ــ والله أعلم ــ لأحد ، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم ، لأن يقولوا في الخبر باتباعه ــ فيما ليس فيه الخبر ــ بالقياس على الخبر . ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول ــ من غير أهل العلم ــ أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان .

وقال : ولو قال بلا خبر لازم ولا قياس كان أقرب من الإثم من الذي قال وهو غير عالم ، وكان القول لغير أهل العلم جائزاً . اهـ .

وقال في الأم [٢٧٣/٧] : ومن استجاز أن يحكم أو يفتي بلا خبر لازم ولا قياس عليه كان محجوجاً بأن معنى قوله : أفعل ما هويت وإن لم أومر به ، مخالف معنى الكتاب والسنة ــ فكان محجوجاً على لسانه ــ ومعنى مالم أعلم فيه مخالفاً . فإن قيل : ما هو ؟ قيل : لا أعلم أحداً من أهل العلم رخص لأحد من أهل العقول والآداب في أن يفتي ولا يحكم برأي نفسه ، إذا لم يكن عالماً بالذي تدور عليه أمور القياس ــ من الكتاب والسنة والإجماع والعقل ــ لتفصيل المشتبه .

فإذا زعموا هذا ، قيل لهم : ولم لم يجز لأهل العقل ــ التي تفوق كثيراً من عقول أهل العلم بالقرآن والسنة والفتيا ــ أن يقولوا فيما قد نزل ، مما يعلمونه معاً : أن ليس فيه كتاب ولا سنة ولا إجماع ، وهم أوفر عقولاً وأحسن إبانة لما قالوا من عامتكم ؟ . اهـ .

ثم يناقش ما يمكن أن يرد عليه من اعتراض على هذا الدليل .

٥ ــ إن الاستحسان لا ضابط له ، كما ليس له مقاييس يقاس بها الحق من الباطل ، فلو جاز لكل مفت أو حاكم أو مجتهد أن يستحسن فيما لا نص فيه ، لأدى ذلك إلى وجود أحكام مختلفة في النازلة الواحدة ، لاضابط لها ، ولامقاييس تبين الحق فيها ، وما هكذا تفهم الشرائع .

قال في الأم : أفرأيت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة ــ ليس فيها نص خبر ولاقياس ــ وقال أستحسن ، فلا بد أن يزعم : أن جائزاً لغيره أن يستحسن خلافه ، فيقال في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفتيا ، فإن كان هذا جائزاً عندهم : فقد أهملوا أنفسهم ، فحكموا حيث شاؤوا ، وإن كان ضيقاً فلا يجوز أن يدخلوا فيه .

وإن قال الذي يرى منهم ترك القياس : بل على الناس اتباع ما قلت ، قيل له : من أمر بطاعتك حتى يكون على الناس اتباعك ؟ أو رأيت إن ادعى عليك غيرك هذا ، أتطيعه أم تقول لا أطيع إلا من أمرت بطاعته ؟ فكذلك لا طاعة لك على أحد ، وإنما الطاعة لمن أمر الله أو رسوله بطاعته ، والحق فيما أمر الله ورسوله باتباعه ، ودل الله ورسوله عليه ــ نصاً أو استنباطاً ــ بدلائل .

قال : وإنه ليلزم من ترك القياس أكثر مما ذكرت، وفي بعضه ما قام عليه الحجة، وأسأل الله تعالى لي ولجميع خلقه التوفيق(١) .

هذه أبرز الأدلة التي ذكرها الإمام الشافعي رحمه الله تعالى في إبطال الاستحسان ، وإليها يرجع جملة ما استدل به غيره من الأصوليين والفقهاء لرد الاستحسان والعمل به ، بالمعاني التي ذكروا أنها تصلح محلاً للنزاع ــ فيما لو وجدت ــ أو أنها هي ما يسبق إلى الفهم منه (٢) .

وبعد هذا العرض ــ لمذاهب العلماء ، وموقفهم من الاستحسان ، وأدلة القائلين به والمبطلين له ــ أعود للقول : بأنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه يصلح محلاً للنزاع ، ويحتاج للاستدلال إلى إثباته أو إبطاله ، كما صرح بهذا علماء الأصول ــ أنفسهم ــ وهم الناقلون لمذاهب العلماء هذه .

على أنني أقول : إن ما قاله الشافعي رحمه الله تعالى حق ، فمن استحسن فقد شرع ، وتجرأ على الله ورسوله ﷺ ، وليس لأحد أن يقول بالاستحسان ، ولكن

---

(١) الأم : ٧/٢٧٣–٢٧٤ ، ٦/٢٠١–٢٠٦ ، وانظر إلى كتابي مالك والشافعي للشيخ محمد أبو زهرة (بحث الاستحسان وإبطال الاستحسان) .

(٢) انظر المستصفى : ١/١٣٩ وما بعدها . روضة الناظر : ٨٥

هذا كله إذا كان الاستحسان والقول به بالمعنى الذي قصده الشافعي رحمه الله تعالى وبينه ــ وهو القول بالتشهي والهوى ، دون الاستناد إلى دليل ــ لا إذا كان الاستحسان بالمعنى الاصطلاحي الذي قال عنه المالكية : إنه تسعة أعشار العلم ، ولا بالمعنى الذي قصده الحنفية ، وهو راجع إلى الأدلة المقبولة والمتفق عليها إجمالاً ــ كما رأينا في تحرير محل النزاع ــ وكما سنرى عند ذكر أنواع الاستحسان ، ثم المسائل المتفرعة عن هذا الدليل .

★ ★ ★

أنواع الاستحسان :

إن المتتبع للفروع الفقهية ــ لدى مذاهب القائلين بالاستحسان ــ يجد أنهم يطلقون هذه التسمية على أنواع عدة ، نذكرها فيما يلي مع أمثلة لكل نوع[1] .

١ ــ الاستحسان بالأثر : وهو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالكتاب أو السنة (٢) .

الأمثلة :

آ ــ جاء في الهداية (في باب الوصية) [٨/٤١٨ــ٤١٩] : الوصية غير واجبة وهي مستحبة ، والقياس يأبى جوازها ، لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته ، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قال : ملكتك غداً ، كان باطلاً ، فهذا أولى .

إلا أنّا استحسناه لحاجة الناس إليها ، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله ، فإذا عرض له المرض ــ وخاف البيات ــ يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله ، على وجه : لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي ، وفي شرع الوصية ذلك ، فشرعناه . ثم قال :

---

(١) لم اتعرض في هذه الأمثلة لذكر خلاف الفقهاء فيها لأن القصد التمثيل لا التفريع على الدليل المختلف فيه .

(٢) كشف الأسرار : ٤/٥ ، ابن ملك على المنار : ٨١٢ ، الإحكام : ٤/١٣٧ .

وقد نطق به الكتاب ، قال الله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو ديـن » / النساء : ١٢ / [١] . والسنة (إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم)[٢] .

قال : وعليه إجماع الأمـة .

ب ـ وقال في (كتاب الإجارات) : الإجارة عقد على المنافع بعـوض ، لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع ، والقياس يأبى جوازه ، لأن المعقود عليه المنفعة وهـي معدومة ، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح ، إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه ، وقد شهدت بصحتها الآثار . منهـا :

قوله ﷺ : (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه)[٣] .

وقوله ﷺ : (من استأجر أجيراً فليعلمه أجره)[٤] .

قال صاحب العناية : لم يقتض القياس جوازها ، إلا أنها جوزت على خلاف القياس بالأثر ، لحاجة الناس ، فكان استحساناً بالأثر[٥] .

جـ ـ وجاء في الهداية أيضاً (في كتاب الديات) [٣٢٥/٨] : وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة ، وهي نصف عشر الدية . والقياس : أن لا يجب شيء ، لأنه لم يتيقن بحياته ، والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق[٦] .

---

(١) وفي النساء ١١ بلفظ (يوصي) مضارع مبني للمعلوم .

(٢) اخرجه ابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ (إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم) ٢/٤ .٩٠

(٣) أخرجه ابن ماجه عن ابن عمر رضي الله عنهما [٨١٧/٢] .

(٤) أخرجه النسائي عن أبي سعيد رضي الله عنه موقوفاً بلفظ : إذا استأجرت أجيراً فأعلمه أجره . (٣١/٧) .

(٥) الهداية وشرح العناية : ١٤٥/٧ـ١٤٧ ، وانظر كشف الأسرار : ٤/٥ـ٦ .

(٦) المراد بالظاهر استصحاب الحال الذي كان ، وهو عند الحنفية حجة في الدفع وليس حجة في الاستحقاق . وانظر هذا في مبحث الاستصحاب ، الباب الثالث من هذه الرسالة .

وجه الاستحسان : ما روي أن النبي ﷺ قال : (في الجنين غرة عبد أو أمة ، قيمته خمسمائة)[1] فتركنا القياس بالأثر •

٢ ــ استحسان الإجماع : وهو أن يترك موجب القياس في مسألة ، لانعقاد الإجماع على حكم آخر غير ما يؤدي إليه القياس •

أمثلتــــه :

ا ــ عقد الاستصناع :

جاء في شرح المنار : والاستصناع فيما فيه تعامل الناس ، مثل أن يأمر إنساناً بأن يخرز له خفاً بكذا ، ويبين صفته ومقداره ، ولم يذكر له أجلاً •

والقياس يقتضي أن لا يجوز ــ لأنه بيع معدوم ــ لكنهم استحسنوا تركــه بالإجماع ، لتعامل الناس فيه[2] •

ب ــ طلاق الزوجة باختيارها نفسها :

جاء في الهداية (في كتاب النكاح) [١٠١/٣] :فإن اختارت نفسها في قولــه : اختاري كانت واحدة بائنة • والقياس أن لا يقع بهذا شيء وإن نوى الزوج الطلاق ــ لأنه لا يملــك الإيقاع بهذا اللفظ ، فلا يملك التفويض إلى غــيره ــ إلا أنــا استحسناه لإجماع الصحابة رضي الله عنهم •

جـ ــ بقاء النكاح إذا ارتد الزوجان معاً ثم أسلما :

قال صاحب الهداية [٥١٥/٢] : وإذا ارتدا معا ، ثم أسلما معا ، فهما على نكاحهما استحساناً •

---

(١) أخرجه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه بدون لفظ (قيمته خمسمائة). (١٤/٩) وروى أبو داود في سننه عن الشعبي أنه قال : الغرة خمسمائة يعني درهماً ، وعن ربيعة قال : الغرة خمسون ديناراً (٤٩٩/٢) .

(٢) شرح المنار لابن ملك : ٨١٣ ، وانظر كشف الأسرار : ٤/٥ــ٦ ، وانظر المسألة في المسائل المتفرعة عن العمل بالعرف (الفصل الثاني من الباب الرابع) .

قال في الفتح [٥١٥/٢] : والقياس ــ وهو قول زفر والأئمة الثلاثة ــ تقع الفرقة ، لأن في ردتهما ردة أحدهما ، وهي منافية للنكاح •

وجه الاستحسان : أن بني حنيفة ارتدوا ، ثم أسلموا ، ولم يأمرهم الصحابة بتجديد الأنكحة ، والصحابة متوافرة ، فحل ذلك محل الإجماع يترك به القياس ، والارتداد منهم واقع معاً ، لجهالة التاريخ •

د ــ عدم قطع من قطعت يده ورجله :

قال صاحب الهداية أيضاً (في كتاب السرقة) [٢٤٧/٤ــ٢٥٠] : ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم ، فإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى ، فإن سرق ثالثاً لم يقطع ، وخلد في السجن حتى يتوب ، وهذا استحسان ، ويعزر أيضاً ، ذكره المشايخ •

وجه الاستحسان : قول علي رضي الله عنه : إني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ، ورجلاً يمشي عليها • وبهذا حاج بقية الصحابة رضي الله عنهم فحجهم ، فانعقد إجماعاً • اهـ •

ومن الملاحظ في هذا المثال : أنه يمكن اعتباره ترك القياس لقول الصحابي ، وإن لم تذكر كتب الأصول هذا النوع من الاستحسان إلا ما ذكره الشاطبي في كتابه [الموافقات : ٢٠٩/٤] عن ابن العربي حيث يقول : ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس •

٣ ــ استحسان العرف أو العادة :

وهو العدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه ، لجريان العرف بذلك ، أو عملاً بما اعتاده الناس •

الأمثلــة :

آ ــ حلف لا يأكل الطبيخ :

قال صاحب الهداية [٥٢/٤] : وإن حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم ، وهذا استحسان اعتباراً للعرف •

ب ـ ما يعتبر رداً في العارية :

جاء في الهداية أيضاً [١١٢/٧] : وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها فهلكت لم يضمن ، وهذا استحسان • وفي القياس : يضمن ، لأنه ماردها إلى مالكها بل ضيعهـا •

وجه الاستحسان : أنه أتى بالتسليم المتعارف ، لأن رد العواري إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت ، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط •

جـ ـ استئجار المرضعة بطعامها وكسوتها :

فإن استئجار المرضع بأجرة معلومة جائز باتفاق ، ويجوز بطعامها وكسوتها ـ استحساناً ـ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى •

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : لا يجوز ، لأن الأجرة مجهولة ، فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ ، فإنه لا يجوز إلا بأجر معلوم •

ووجه استحسان أبي حنيفة : أن العادة الجارية بالتوسعة على المراضع ـ شفقة على الأولاد ـ ترفع الجهالة • [الهداية وشروحها : ١٨٥/٧]

د ـ المراد بالطعام في البيع والشراء :

قال في الهداية [٣١/٦] : ومن دفع إلى آخر دراهم ، وقال اشتر لي بها طعاماً ، فهو على الحنطة ودقيقها ، استحساناً • والقياس أن يكون على كل مطعوم ـ اعتباراً للحقيقة ـ كما في اليمين على الأكل ، إذ الطعام اسم لما يطعم •

وجـه الاستحسان : أن العـرف أملك ـ أي أقوى وأرجح ـ وهو على ما ذكرناه ، إذا ذكر مقروناً بالبيع والشراء •

هـ ـ حلف لا يدخل بيتاً ثم دخل مسجداً :

ذكر في الاعتصام أمثلة على الاستحسان منها ترك الدليل للعرف : كقوله : والله لا دخلت مع فلان بيتاً ، فهو يحنث بدخول كل موضع يسمى بيتاً في اللغة ، والمسجد

يسمى بيتاً فيحنث على ذلك ، إلا أن عرف الناس أن لا يطلقوا هذا اللفظ عليه ، فخرج بالعرف عن مقتضى اللفظ ، فلا يحنث[1] .

٤ ـ استحسان الضرورة :

وهو : أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس والأخذ بمقتضياتها ، سداً للحاجة أو دفعاً للحرج . وذلك : عندما يكون اطراد الحكم القياسي مؤدياً لحرج ، أو يوقع في مشكلة في بعض المسائل ، فيعدل عنه حينئذ ـ استحساناً ـ إلى حكم آخر ، يزول به الحرج ، وتنحل به المشكلة[2] .

الأمثلة :

آ ـ عدم الفطر بما يصعب الاحتراز عنه :

قال في الهداية [٦٦/٢] : ولو دخل حلقه ذباب ، وهو ذاكر لصومه ، لم يفطر وفي القياس يفسد صومه ، لوصول المفطر إلى جوفه ، وإن كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة .

وجه الاستحسان : أنه لا يستطاع الاحتراز عنه ، فأشبه الغبار والدخان .

ب ـ لا يدخل في الشركة ما يحتاج إليه إذا اشتراه :

جاء في الهداية [٩/٥] : وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة ، إلا طعام أهله وكسوتهم ، وكذا كسوته ، وكذا الإدام ، لأن مقتضى العقد المساواة ، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف ، وكان شراء أحدهما كشرائهما ، إلا ما استثناه في الكتاب ـ وهو استحسان ـ لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة ـ

---

(١) الاعتصام : ١٤١/٢ يلاحظ ان هذا المثال يرتبط ببحث العرف اكثر من ارتباطه ببحث الاستحسان . انظر المسألة هناك (الفصل الثاني من الباب الرابع) .

(٢) كشف الأسرار : ٦/٤ ، وانظر : المدخل الفقهي : ٥٢/١ ، أبو حنيفة لأبي زهرة : ٣٤٨

فإن الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ، ولا يمكن إيجاب نفقة عياله على صاحبه ، ولا التصرف من ماله ، ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة • والقياس أن يكون على الشركة لما بينا • اهـ • أي لأن مقتضى العقد المساواة •

جـ ـ قبول الشهادة بالتسامع :

جاء في الهداية [٦/٢٠ـ٢١] : ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه ، إلا النسب ، والموت ، والنكاح ، والدخول ، وولاية القاضي ، فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به ـ وهذا استحسان •

والقياس أن لا تجوز ، لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة ، وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع أي لا يجوز للشاهد أن يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة

وجه الاستحسان : أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون ، فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام ، بخلاف البيع لأنه يسمعه كل أحد •

د ـ إذا مات رب الأرض ـ والخارج بسر(١) ـ لم تبطل المساقاة :

قال في الهداية [٨/٤٨] : وتبطل المساقاة بالموت ، لأنها في معنى الإجارة ، فإن مات رب الأرض ـ والخارج بسر ـ فللعامل أن يقوم عليه ، كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر ـ وإن كره ذلك ورثة رب الأرض ـ استحساناً ، فيبقى العقد دفعاً للضرر عنه ، ولا ضرر فيه على الآخر •

هـ ـ الاشتراك في الأضحية :

يجوز في الأضحية أن يشترك سبعة في بقرة أو بدنة ، إذا اشتروها ابتداءاً مشتركين ، بنية الأضحية •

فإذا اشترى رجل بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ، ثم اشترك فيها ستة آخرون معه ، جاز استحساناً •

---

(١) البسر : ثمر النخيل قبل ان يصير رطباً .

وفي القياس لا يجوز ، لأنه أعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولاً ، والاشتراك هذه صفتـــه .

وجه الاستحسان : أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ، ولا يظفر بالشركاء وقت البيع ، وإنما يطلبهم بعده ، فكانت الحاجة إليه ماسة ، فجاز دفعاً للحرج ، وقد أمكن لأن بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع . [فتح القدير : ٧١/٨]

و ــ ومن هذا النوع من الاستحسان ما ذكره المالكية والحنفية من تضمين الأجير المشترك .

قال الشاطبي : (وهو يعدد أمثلة عن الاستحسان) : والخامس ترك الدليل لمصلحة ، كما في تضمين الأجير المشترك ، وإن لم يكن صانعاً ، فإن مذهب مالك في هذه المسألة على قولين ــ كتضمين صاحب الحمام الثياب ، وتضمين صاحب السفينة، وتضمين السماسرة المشتركين ، وكذلك حمال الطعام على رأي مالك ــ فإنه ضامن ولا حق عنده بالصناع ، والسبب في ذلك بعد السبب في تضمين الصناع[١] .

ز ــ ولعل من هذا النوع ايضاً : ما يذكره الشاطبي من ترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته ونزارته ، لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق .

وذلك : كإجازتهم التفاضل اليسير في المراطلة الكثيرة .

وكإجازة بيع وصرف في اليسير ، إذا كان أحدهما تابعاً للآخر[٢] .

وهذا التمثيل للاستحسان بالأمثلة التي يمثل بهـا في الاستصلاح ــ أولاً وبالذات ــ يشـير إلى أن الاستصلاح والاستحسان كثيراً ما يلتقيـان في التفريع والمسائل الاجتهادية .

---

(١) الاعتصام : ١٤١/٢ وانظر : المدخل الفقهي : ٥٢/١ــ٥٣

(٢) الاعتصام : ١٤٢/٢ ، الموافقات : ٢٠٨/٤ . والمراطلة البيع بالرطل .

٥ ـ الاستحسان بالقياس :

وهو : أن يعدل بالمسألة عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها : إلى حكم مغاير ، بقياس آخر هو أدق وأخفى من الأول ، لكنه أقوى حجة ، وأسد نظراً ، وأصح استنتاجاً منه[1] •

وهذا النوع من الاستحسان يكثر في كتب المذاهب القائلة بالاستحسان •

وحسب القارىء أن يتصفح أحد كتب المذهب الحنفي حتى يجد هذه الكثرة من المسائل الاستحسانية[2] التي مبنى الاستحسان فيها العدول عن حكم قياس إلى حكم قياس آخر •

ولكثرة هذا النوع من الاستحسان نرى بعض الأصوليين ـ وخاصة الحنفية ـ يقتصر في تعريف الاستحسان على أنه هو القياس الخفي •

قال سعد الدين التفتازاني في حاشيته على العضد : والمراد بالاستحسان في الغالب قياس خفي يقابل قياساً جلياً[3] •

أمثلة هذا النوع من الاستحسان :

آ ـ الصلاة على الجنازة ركباناً :

جاء في الهداية [٤٦٣/١] : فإن صلوا على جنازة ركباناً أجزأهم ـ في القياس ـ لأنها دعاء •

وفي الاستحسان : لا تجزئهم ، لأنها صلاة من وجه ، لوجود التحريمة ، فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطاً •

---

(١) حواشي المنار : ٨١٢ ، المدخل الفقهي العام : ٤٨/١ ، ابو حنيفة : ٣٤٥ .

(٢) من المسائل الاستحسانية الموجودة في كتاب الهداية ما ينوف عن مائة وعشرين مسألة من هذا النوع ، بينما لا تزيد مسائل الأنواع الأخرى على الخمسين مسألة .

(٣) العضد : ٢٨٩/٢ ، كشف الأسرار : ٣/٤ ، المنار وحواشيه : ٨١٢ .

ب ــ لا قطع على من سرق من مدينه :

من المقرر فقهاً : أن من له على آخر دين حال من دراهم أو دنانير ، فسرق منه مثلها قبل أن يستوفيها : يعتبر أخذه لها استيفاء ولا تقطع يده ، أما إذا كان الدين مؤجلاً ، فالقياس أن تقطع يده إذا سرق مثلها قبل حلول الأجل ، ولكن في الاستحسان لا تقطع .

قال صاحب الهداية [٤/٢٣٥] : ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع ، لأنه استيفاء لحقه ، والحال والمؤجل فيه سواء استحساناً ، لأن التأجيل لتأخير المطالبة .

قال في الفتح [٤/٢٣٥] : والقياس : أن يقطع ، لأنه لا يباح له أخذه قبل الأجل

وجه الاستحسان : أن ثبوت الحق ــ وإن تأخرت المطالبة ــ يصير شبهة دارئة ، وإن كان لا يلزمه الإعطاء الآن .

ج ــ دفع إلى وكيله دراهم لينفقها على أهله ، فأنفق من مال نفسه :

من المقرر فقهاً : أن من دفع من ماله شيئاً عن غيره دون أمره فإنه يعتبر متبرعاً ، وليس له الرجوع على المدفوع عنه بما دفعه ، سواء قصد التبرع أم لم يقصد ، إلا أن يكون مضطراً للدفع .

وعلى هذا : إذا سلم أحد إلى غيره دراهم لينفقها على أهله ، فأنفق بقدرها من ماله فالقياس أن يكون متبرعاً ، والاستحسان أن يكون ما قبضه بدل ما أنفقه .

قال في الهداية : ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة . وقيل : هذا استحسان . وفي القياس : ليس له ذلك ، ويصير متبرعاً .

وذكر صاحب الفتح والعناية : أن وجه القياس أن الدراهم تتعين في الوكالات ، حتى لو هلكت قبل الإنفاق بطلت الوكالة ، فإذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمر الموكل ، فيصير متبرعاً .

وذكر صاحب الفتح أيضاً : أن وجه الاستحسان أن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء ، والحكم في الشراء رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن ، فيرجع الوكيل هنا بقيمة ما اشترى على الموكل ، ويجري التقاص بين ما دفعه إليه الموكل وبين ما أداه من ماله [1] .

د ـ عفا عن قطع يده ثم مات بالسراية :

إذا اعتدى مكلف على غيره فقطع يده عمداً ، ثم مات المقطوع بالسراية ، فإنه يقتل القاطع قصاصاً ، لأنه قتل عمد وموجبه القصاص . فإذا عفا المجني عليه قبل الموت عن القاطع ، ثم مات بالسراية : فالقياس وجوب القصاص ، لتحقق موجبه وهو القتل العمد . وفي الاستحسان لا يقتل .

قال صاحب الهداية [٨/٢٨٥] : ومن قطع يد رجل ، فعفا المقطوعة يده عن القطع ، ثم مات من ذلك ، فعلى القاطع الدية في ماله ، وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس ، لأنه هو الموجب للعمد . إلا أن في الاستحسان تجب الدية ، لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود . أي دافعة ومسقطة للقصاص .

هـ ـ تلقين الشاهد أثناء أداء الشهادة :

قال صاحب الهداية : ويكره تلقين الشاهد ـ ومعناه : أن يقول له : أتشهد بكذا وكذا ـ وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين ، فيكره ، كتلقين الخصم .

واستحسنه أبو يوسف ـ رحمه الله تعالى ـ في غير موضع التهمة ، لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس ، فكان تلقينه إحياء للحق ، بمنزلة الإشخاص والتكفيل .
[الهداية وشروحها : ٥/٤٧٠]

★ ★ ★

---

(١) الهداية وشروحها : ٦/١٢٢ ، وانظر المدخل الفقهي : ١/٥٤ ، فإنه أتى به مثالاً لقياس الضرورة .

الفصل الثاني

أثر الاستحسان في المسائل الفقهية

وفيه المسائل الآتيـــة :

١ ـ محاذاة الرجل المراة في الصلاة

٢ ـ تصدق بماله وقد وجبت فيه الزكاة

٣ ـ شرط الخيار لغير المتعاقدين

٤ ـ تعليق البيع على نقد الثمن لمدة معلومه

٥ ـ قبض الهبة بغير إذن الواهب

٦ ـ ضمان الرهن بعد البراءة من الدين

٧ ـ شركة المفاوضة

٨ ـ إقرار الوكيل بالخصومة على موكله

٩ ـ الإقرار بمبهم ومفسر

١٠ ـ اختلاف شهود الزنا

١١ ـ الاشتراك في السرقـــة

١٢ ـ قطع الطريق في المصر

١٣ ـ حدوث العيب في الأضحية

١٤ ـ نذر التصدق بماله

رغم ما ذكرناه ــ في تحرير محل النزاع في الاستحسان ــ من أنه في الحقيقة لا يتحقق استحسان مختلف فيه ، فقد كان لاعتباره دليلاً مستقلاً للاستحسان أثر ظاهر في اختلاف الفقهاء حتى الحنفية أنفسهم • فقد كثرت المسائل الاستحسانية لديهم ، وأطلقوا الاستحسان كما رأينا ــ باعتبارات متعددة وعلى معان مختلفة ، وهذا الإكثار من الاستدلال بدليل ــ ليس محل اتفاق المذاهب ــ من شأنه أن يحدث اختلافاً بينا في الفروع الفقهية بين المذاهب ، وهذا ما قد حصل ، فقد وجد الكثير من المسائل التي اعتمد القول فيها ــ عند الحنفية ــ على الاستحسان ، وخالفهم فيها غيرهم : إما في الحكم والدليل ، وإما في الدليل فقط ، وإن وافقوهم في الحكم لتوافق الأدلة ، وربما اختلف فيها فقهاء المذهب أنفسهم • ومن بين هذه المسائل ما ذكرته في مطلع هذا الفصل من عناوين لمسائل ــ على سبيل المثال لا الحصر ــ سأعرض رأي المذاهب فيها وأدلة كل مذهب ، وتوخيت في اختياري لهذه المسائل أن تكون كفيلة بإبراز أثر الاختلاف في هذا الدليل ، ولذلك كان أكثرها ــ بل غالبها ــ من نوع الاستحسان القياسي الذي كثر استعماله لدى الحنفية حتى أصبح هو المراد عند إطلاق الاستحسان •

وإليك بيان هذه المسائل :

المسألة الاولى : محاذاة الرجل المرأة في الصلاة :

اتفق الأئمة على أن السنة ــ فيما إذا اجتمع في صلاة الجماعة رجال ونساء ــ أن يصف النساء خلف الصفوف •

واختلفوا فيما إذا صلت امرأة في صف الرجال ، أو رجل في صف النساء •

١ ــ ذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى : أنه تفسد صلاة من حاذته المرأة من الرجال ، ولا تفسد صلاة المرأة[1] •

---

(١) لمعرفة شروط المحاذاة يراجع الهداية وشروحها : ٢٥٧/١ وما بعدها ، وغيره من كتب المذهب .

قال في بداية المبتدي [١/٢٥٥] : وإن حاذته امرأة ــ وهما مشتركان في صلاة واحدة ــ فسدت صلاته إن نوى الإمام إمامتها .

٢ ــ وذهب الأئمة الثلاثة ــ مالك والشافعي وأحمد ــ رحمهم الله تعالى إلى : أنه يكره ذلك ، ولا تفسد صلاة أحد من النساء أو الرجال .

جاء في الشرح الكبير [١/٣٣٣] : أنه يكره صلاة رجل بين نساء وبالعكس . وجاء في الحاشية : وكذا محاذاته لهن ، ومحاذاتها لهم .

وقال في الأم [١/١٥٠] : ولو أن رجلاً أمّ رجالاً ونساء ، فقام النساء خلف الإمام ، والرجال خلفهن ، أو قام النساء حذاء الإمام فائتممن بــه ، والرجال إلى جنبهن ، كرهت ذلك للنساء والرجال والإمام ، ولم تفسد على واحد منهم صلاته .

وقال ابن قدامة [المغني : ٢/١٥٠] : وإن وقفت المرأة في صف الرجال كره ، ولم تبطل صلاتها ولا صلاة من يليها .

الأدلــة :

١ ــ عمدة الحنفية ــ فيما قالوه من فساد صلاة من حاذته من الرجال ــ الاستحسان .

ووجه الاستحسان : أنه ورد الأمر عن النبي ﷺ بتقدم الرجل وتأخير المرأة في الصلاة ، فإذا تأخر عنها أو حاذاها ، كان تاركاً لفرض المقام ، فتفسد صلاته . والأمر الوارد : هو قوله ﷺ : (أخروهن من حيث أخرهن الله) [1] .

٢ ــ حجة القائلين بالكراهة : قياس حال الصلاة على مالو وقفت في غير صلاة، فإنه لاتبطل صلاته ، بالإجماع، فقد ثبت أن رسول الله ﷺ كان يصلي وعائشة رضي الله عنها نائمة بين يديه ، فكذلك في الصلاة .

---

(١) قال في نصب الراية (٢/٣٦) : حديث غريب مرفوعاً ، وهو في مصنف عبد الرزاق موقوف على ابن مسعود رضي الله عنه . وقال في الفتح : ولم يثبت رفعه فضلاً عن كونه من المشاهير .

قال في الأم [١/١٥٠ ــ ١٥١] : وإنما قلت هذا ، لأن ابن عيينة أخبرنا ، عن الزهري ، عن عروة ، عن عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ يصلي صلاته من الليل ، وأنا معترضة بينه وبين القبلة كاعتراض الجنازة . وقال الشافعي : وإذا لم تفسد المرأة على الرجل المصلي أن تكون بين يديه ، فهي إذا كانت عن يمينه أو عن يساره أحرى أن لاتفسد عليه . [وانظر المغني : ٢/١٥٠]

المسألةالثانية : تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة :

اتفق الأئمة على أنه : لايجوز أداء الزكاة إلا بنية مقارنة لعزل مقدار الواجب أو دفعه لمستحقه .

واختلفوا : فيمن وجبت عليه الزكاة وتصدق بجميع ماله ــ ولم ينو الزكاة ــ هل يسقط عنه الواجب أو يبقى في ذمته ؟ .

١ ــ ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله إلى أنه : لايسقط عنه الفرض . قال في المجموع [٦/١٩١] : لو تصدق بجميع ماله ، ولم ينو الزكاة ، لم تسقط عنه الزكاة بلا خلاف .

وقال ابن قدامة [المغني ٢/٤٧٧] : ولو تصدق الإنسان بجميع ماله تطوعاً ، ولم ينو الزكاة ،لم يجزئه .

٢ ــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه : تسقط عنه الزكاة. قال في الهداية [١/٤٩٣] : ومن تصدق بجميع ماله ، لاينوي الزكاة ، سقط فرضها عنه .

الأدلة :

١ ــ حجة القائلين إنه لاتسقط عنه أنه لم ينو بما دفعه الفرض ، فلم يسقط عنه ،وقاسوا ذلك على الصلاة ، فإنه لو صلى ما شاء أن يصلي ، ولم ينو الفرض ، لايسقط عنه مالم يصله بنية الفرض . والصدقة تصلح فرضاً وتطوعاً ، فلابد فيها من التعيين .

قال الشافعي [الأم : ٢/١٨] لما كان في الصدقة فرض وتطوع لم يجز ــ والله تعالى أعلم ــ أن تجزي عن رجل زكاة يتولى قسمها إلا بنية أنه فرض •

وقال النووي [المجموع : ٦/١٩١] دليلنا أنه لم تمحض للفرض ، فلم تصح عنه ، كالصلاة •

وقال ابن قدامة [المغني : ٢/٤٧٧]: ولا يصح ، لأنه لم ينو به الفرض ، فلم يجزئه ، كما لو تصدق ببعضه ، وكما لو صلى مائة ركعة ولم ينو الفرض بهــا •

٢ ــ وعمدة الحنفية في إسقاط الواجب عنه : الاستحسان •

قال صاحب العناية [٥/١٣٦] : والقياس أن لايسقط ، لأن النفل والفرض كلاهما مشروعان ، فلا بد من التعيين ، كما في الصلاة •

ووجه الاستحسان : أن الواجب جزء من جميع ماله ، وهو ربع العشر ، فكان متعينا في الجميع ، والمتعين لايحتاج إلى التعيين ، لأن الفرض أنه دفع الكل، والحاجة إلى تعيين الفرض للمزاحمة بين الجزء المؤدى وسائر الأجزاء ، وبأداء الكل لله تعالى تحقق أداء الجزء الواجب •

المسألة الثالثة : شرط الخيار لغير المتعاقدين :

اتفق الأئمة على صحة خيار المتبايعين ، واختلفوا هل يجوز أن يشرطاه ــ أو أحدهما ــ لأجنبي ، أي لشخص غير المتعاقدين ؟

١ ــ ذهب أبو حنيفة وصاحباه ، ومالك والشافعي ــ في أصح قوليه ــ وهو الظاهر من مذهب أحمد ــ رحمهم الله تعالى ــ إلى أنه يجوز ذلك ، ويصح البيع ويلزم الشرط •

قال في الهداية [٥/١٣٦] : ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره : فأيهما أجاز جاز ،وأيهما نقض انتقض •

وقال ابن رشد [بداية المجتهد: ٢/٢١٠] : واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي، فقال مالك : يجوز ذلك ، والبيع صحيح •

وقال النووي [المجموع : ٩/٢١٠] قال أصحابنا : يجوز شرط الخيار للعاقدين ولأحدهما بالإجماع ، فإن شرطه لأجنبي فقولان مشهوران ، ••• أصحهما باتفاق الأصحاب : يصح البيع والشرط، وهو الأشهر من نصوص الشافعي رحمه الله •

وقال ابن قدامة [المغني : ٣/٥٠٠] : وإن شرط الخيار لأجنبي صح ، وكان اشتراطاً لنفسه ، وتوكيلا لغيره •

٢ ـ وذهب زفر من الحنفية ، والقاضي من الحنابلة ، والشافعي في قوله الصحيح ـ رحمهم الله تعالى ـ إلى أنه لا يصح •

قال في الهداية [٥/١٣٦] : وفي القياس : لايجوز ، وهو قول زفر •

وقال ابن قدامة [المغني : ٣/٥٠٠] : قال القاضي : إذا أطلق الخيار لفلان ، أو قال : لفلان دوني ، لم يصح •

وقال في المهذب [٩/٢١٠] : وإن شرط الخيار لأجنبي ففيه قولان : أحدهما : لايصح •

الأدلـة :

١ ـ ذكر الحنفية : أن عمدتهم في ذلك الاستحسان • قال في الهداية : وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً •

وذكروا في وجه الاستحسان : أن الخيار شرع للحاجة إليه ، لاستخلاص الرأي وتحصيل الأحظ للمتبايعين ، وهذه الحاجة قد تدعو إلى اشتراطه للأجنبي ، بأن كان أعرف بالمبيع أو بالعقد منهما ، أو أن يكون العاقد يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير ، غير واثق في ذلك،ويعلم بفلان من الناس جودة رأيه ومعرفته بالقيم وأحوال البياعات ، فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته ، فيجب تصحيحه ، لأن الاحتياج إليه صار كالاحتياج إلى نفس الخيار •

هذا ماذكره الحنفية ، وبمثله احتج الشافعية ، وإن لم يسموه استحساناً ، بل هو من باب القياس عندهم •

٢ ـ وحجة الحنابلة : أن الخيار يعتمد شرط المتعاقدين ويفوض إليهما ، وقد أمكن تصحيح شرطهما ، وتنفيذ تصرفهما ـ بتصحيح الخيار للأجنبي إذا شرطاه ـ فـلا يجوز إلغاؤه مـع إمكان تصحيحه ، لقـول النبي ﷺ : (المسلمـون على شروطهم)[١] .

٣ ـ وأما الذين قالوا بعدم صحته فحجتهم في ذلك :

أن الخيار من مواجب العقد ، وحكم من أحكامه ، فلا يثبت لغير المتعاقدين ، كاشتراط الثمن على غير المشتري . وكذلك الخيار لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين ، فلا يكون لمن لاحظ له فيه[٢] .

المسألة الرابعة : اشتراط نقد الثمن في مدة معلومة :

اختلفوا في ذلك على قولين :

١ ـ ذهب أبو حنيفة وأصحابه ـ ماعدا زفر ـ وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أن هذا العقد جائز ويلزم الشرط .وإن كانوا اختلفوا في المدة التي يجوز اشتراطها، فاتفق الكل على الثلاثة ، ومنع أبو حنيفة وأبو يوسف الزيادة عليها ، بينما أجازها أحمد ، ومحمد من أصحاب أبي حنيفة .

هذا وذكر ابن قدامة عن مالك : جوازه في اليومين والثلاثة ونحوها .

قال في الهداية [١١٤/٥] : ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز ، وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر ، فإن نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعاً .اهـ.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه (٢٧٣/٢) والترمذي (١٣٥٢) عن عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه وقال : هـذا حديث حسن صحيح . وغيرهمـا .

(٢) يراجع في الأدلة نفس المراجع لدى النقول عن المذاهب . هذا ولم يذكر دليل المالكية ويراجع الموطأ : ٦٧١/٢ وفيه كلام يدل على مـا قاله ابن رشد ، وشرح ذلك الكلام الزرقاني ولم يتعرض للدليل : ٢٨٥/٤ والظاهر انه دليل الحنفية والشافعية .

وقال ابن قدامة [المغني : ٣/٥٠٤ ــ ٥٠٥] : فإن قال : بعتك على أن تنقدني الثمن إلى ثلاث ، أو مدة معلومة ، وإلا فلا بيع بيننا ، فالبيع صحيح ، نص عليه .

٢ ــ وذهب الشافعية رحمهم الله تعالى في أصح الوجهين إلى : أن هذا البيع باطل ، وهو قول زفر ــ من أصحاب أبي حنيفة ــ رحمه الله تعالى .

قال النووي [المجموع : ٩/٢٠٧] لو اشترى شيئاً بشرط أنه إن لم ينقده الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، أو باع بشرط أنه إن رد الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما : فوجهان ، حكاهما المتولي وغيره :

أحدهما : يصح العقد .

والثاني : وهو الصحيح باتفاقهم ــ وبه قطع الروياني وغيره ــ أن البيع باطل في الصورتين .

وقال صاحب العناية [٥/١١٤] : والقياس ــ وهو قول زفر ــ أن لا يجوز .

الأدلــة :

١ ــ القائلون بالجواز :

آ ــ عمدة الحنفية في هــذه المسألة : الاستحسان . قــال صاحب العناية : واستحسن العلماء جوازه .

وجه الاستحسان : أن هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة ــ إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد ، تحرزا عن المماطلة في الفسخ ــ وإذا كان في معناه كان ملحقاً به ، والاتفاق على جواز شرط الخيار ، فكذلك هذا .

قال في الفتح: وكل من علم صحة اشتراط الخيار للتروي ثلاثة أيام لكل من المتبايعين تبادر إليه : أن شرعيته للتروي لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن ، فيتبادر إليه جوازه لدفع الغبن في الثمن للماطلة . [الهداية وشروحها : ٥/١١٤]

ب ــ وعمدة الحنابلة : أن هذا يروى عن عمر رضي الله عنه . ودعموا رأيهم هذا أيضاً بمثل المعنى الذي ذكره الحنفية في وجه الاستحسان .

قال ابن قدامة : ولأن هذا بمعنى شرط الخيار ، لأنه كما يحتاج إلى التروي في البيع ، هل يوافقه أولا ؟ يحتاج إلى التروي في الثمن ، هل يصير منقوداً أولا ؟ فهما سيان في المعنى ، متغايران في الصورة . [المغني ٣/٥٠٤ ـ ٥٠٥]

واختلاف هؤلاء في المدة راجع إلى اختلافهم في الأصل ، وهو : هل يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام أم لا ؟ [1] .

٢ ـ واما القائلون بالمنع فحجتهم في ذلك :

ـ أن هذا ليس بشرط خيار ، وإنما هو شرط فاسد مفسد للبيع ، لأن فيه تعليق البيع على غرر ، فأشبه مالو باع بشرط أنه إن قدم زيد القوم فلا بيع بينهما ، وهذا لايصح فكذلك مانحن فيه ، وهذه حجة الشافعية . [المجموع : ٩/٢٠٧]

ـ أن هذا بيع شرط فيه إقالة فاسدة ـ لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد ـ واشتراط الإقالة الصحيحة في المبيع مفسد للعقد[2] ـ لكونه على خلاف العقد ـ فاشتراط فاسدها أولى أن يفسد ، وهذه حجة زفر . [الهداية وشروحها : ٥/١١٤]

المسألة الخامسة : قبض الهبة بغير إذن الواهب :

القبض في الهبة شرط كمال عند مالك رحمه الله تعالى ، وليس بشرط صحة ، فالموهوب له يملك الموهوب بمجرد القبول ، ويجبر على القبض[3] .

وهو شرط صحة عند الشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى ، فلا يملك الموهوب له الهبة مالم يقبضها ، وهو كذلك عند أحمد رحمه الله تعالى : إذا كان الموهوب مما يكال أو يوزن[4] .

---

(١) انظر : الهداية وشروحها : ٥/١١٠ وما بعدها ، المغني ٣/٤٩٨

(٢) مثل أن يقول : بعتك هذا بشرط أن تقيل البيع .

(٣) بداية المجتهد : ٢/٣٢٤ ، الموطأ : ٢/٧٥٣ .

(٤) المغني : ٦/٤١ ، الأم : ٣/٢٨٤ ، مغني المحتاج : ٢/٤٠٠ .

واختلف هؤلاء ـ القائلون بشرط القبض ـ فيما إذا قبض الموهوب له الهبة بغير إذن الواهب :

١ ـ فذهب الشافعية والحنابلة إلى : أنه لايصح قبض الهبة إلا بإذن الواهب مطلقاً ، سواء قبضها في المجلس أم بعده ٠

قال في مغني المحتاج : ولا بد أن يكون القبض بإذن الواهب فيه ، ٠٠٠ فلو قبض بلا إذن ولا إقباض لم يملكه ، ودخل في ضمانه ، سواء أقبضه في مجلس العقد أم بعده ٠

وقال ابن قدامة : والواهب بالخيار قبل القبض ، إن شاء أقبضها وأمضاها ، وإن شاء رجع فيها ومنعها ، ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض٠

وعمدة هؤلاء : أن التسليم غير مستحق على الواهب ، كما أن القبض غير مستحق للموهوب له ، فلا يصح التسليم والقبض بغير إذن الواهب ، قياساً على أخذ المشتري المبيع من البائع قبل دفع ثمنه ، فلا يصح إلا بإذن البائع ، ولو استقل بأخذه كان من ضمانه ، وذلك سواء في مجلس العقد أم خارجه[١] ٠

٢ ـ وذهب الحنفية إلى : أنه إذا قبض الهبة في مجلس العقد جاز ، وإذا قبضها بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن الواهب ٠

وعمدة الحنفية ـ في هذا التفريق بين القبض في مجلس العقد وفي غيره ـ الاستحسان ٠

قال في الهداية : فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً ٠ وإن قبض بعد الافتراق لم يجز ، إلا أن يأذن له الواهب في القبض ٠ والقياس أن لايجوز في الوجهين ٠

---

(١) المغني : ٤٤٢/٦ . مغني المحتاج : ٤٠٠/٢ ، وانظر ص ٧٣ منه . حاشية الشرقاوي على شرح التحرير : ١١٧/٢ ٠

وجه القياس : أن القبض تصرف في ملك الواهب ــ إذ ملكه قبل القبض باق ــ فلا يصح بدون إذنه .

وأما وجه الاستحسان: فهو أن القبض في الهبة بمنزلة القبول ، من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه ، وهو الملك ، والمقصود من عقد الهبة إثبات الملك ، فيكون الإيجاب من الواهب تسليطاً للموهوب له على القبض ، فكان إذناً دلالة . وإنما قيد ذلك بالمجلس لأنه ثبت التسليط فيه إلحاقاً لـه بالقبول ، والقبول يتقيد بالمجلس فكذلك ما يلحق به [1] .

المسألة السادسة : ضمان الرهن بعد البراءة من الدين :

اختلف الأئمة في هذا [2] .

١ ــ فذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى : إلى أنه إذا برىء الراهن من الدين ، بالوفاء أو الإبراء ، أو الهبة ، أو غيرها من وجوه البراءة ، بقي الرهن أمانة في يد المرتهن لا يضمنه إلا بالتعدي ، كما إذا طلبه الراهن ، فامتنع المرتهن من تسليمه، أصبح مضموناً عليه ، فإذا هلك هلك من ضمانه ، لأنه لم يكن له حق حبسه بعد براءة الراهن من الدين .

وحجتهم في ذلك : استمرار حكمه قبل البراءة من الدين ، فإنه كان أمانة في يده ، والأصل بقاء ما كان على ما كان .

قال في الأم [٣/١٤٨] : وإذا قضى الراهن المرتهن الحق ، أو أحاله به على غيره ورضي المرتهن بالحوالة ، أو أبرأه المرتهن منه بأي وجه كان من البراءة ، ثم سأله الرهن ، فحبسه عنه ــ وهــو يمكنه أن يؤديه إليه ــ فهلك الرهن في يدي المرتهن ، فالمرتهن ضامن لقيمة الرهن بالغة ما بلغت ، إلا أن يكون الرهن كيلا أو وزناً يوجد مثله ، فيضمن مثل ماهلك في يديه ، لأنه متعد بالحبس .

---

(١) الهداية وشروحها : ٧/١١٥ ــ ١١٧

(٢) انظر مسألة ضمان الرهن في الباب السابق (الفصل الثاني) .

وإن كان رب الرهن آجره ، فسأل المرتهن أخذه من عند من آجره ورده إليه ، فلم يمكنه ذلك ، أوكان الرهن غائباً عنه بعلم الراهن ، فهلك في الغيبة بعد براءة الراهن من الحق ، لم يضمن المرتهن ، لأنه لم يحبسه ورده يمكنه •

وقال ابن قدامة [٢٩٨/٤] : وإذا قضاه جميع الحق ، أو أبرأه من الدين ، بقي الرهن أمانة في يده • ثم قال : وعندنا : أنه كان أمانة ، وبقي على ما كان عليه ، وليس عليه رده، لأنه أمسكه بإذن مالكه ، ولا يختص بنفعه ، فهو كالوديعة • وقال : فأما إن سأل مالكه في هذه الحال دفعه إليه لزم من هو في يده من المرتهن أو العدل دفعه إليه ــ إذا أمكنه ــ فإن لم يفعل صار ضامناً ، كالمودع إذا امتنع من رد الوديعة عند طلبهـــا •

٢ ــ وذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه إذا كان المرهون مما يغاب عنه ، وبرىء الراهن ــ في هذه الحالة ــ من الحق : بقضاء الدين ، أو وهبه المرتهن إياه ، أو غيرذلك ، بقي المرهون من ضمان المرتهن ، استمراراً لضمانه قبل البراءة من الحق، فإنه كان مضموناً عليه ، فإذا هلك هلك من ضمانه • إلا أن يحضره المرتهن أو يدعو الراهن لأخذه ، فيقول : اتركه عندك ، فإنه يصبح أمانة في يده •

قال في الشرح الكبير [٢٥٥/٣] : واستمر ضمانه ــ أي ما يغاب عنه ــ إن قبض الدين من الراهن ، أو وهب لــه ، حتى يسلمه المرتهن لربه ، ولا يكون بعد البراءة من الدين ــ قبل تسليمه ــ كالوديعة ، لأنه قبض على وجه التوثق به لا الأمانة• إلا أن يحضره المرتهن لربه ــ بعد البراءة من الدين ــ أو يدعوه لأخذه مــن غــير إحضار ، فيقول ربه : اتركه عندك •

قال الدسوقي [٢٥٥/٣] : إن الرهن إذا كان مما يضمن ــ بأن كان مما يغاب عليه ــ فإن ضمانه من المرتهن ، ولو قبض دينه من الراهن ، أو وهبه له ، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان إلى أن يسلمه لربه ، ولا يكون ذلك الرهن عند المرتهن بعد براءة ذمة الراهن كالوديعة •

ويلاحظ في هذه المسألة أن الأئمة الثلاثة احتجوا بالاستصحاب ، وسيأتي بيانه في الباب الثالث •

٣ ــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه : إذا برئ الراهن من الحق بوجه من وجوه البراءة ــ ولم يستلم الرهن ــ بقي الرهن مضموناً على ما كان عليه ، لأن الرهن يدخل في ضمان المرتهن بالقبض عندهم ، فإذا هلك هلك من ضمانه ، إلا إذا كانت البراءة بالإبراء عن الدين أو الهبة فإنهم قالوا ــ ما عدا زفر ــ إذا هلك الرهن بعد ذلك هلك بغير شيء استحساناً ، لأن الرهن مضمون بالدين أو جهته ، وفي هذه الحالة لم يبق الدين ولا جهته ، فلم يبق الرهن مضموناً إلا أن يمتنع من تسليمه ، فيكون متعدياً .

وأما زفر : فإنه قال : يبقى مضموناً عليه ، لأن الضمان وجب بالقبض ، وهو لا يزال قائماً .

قال في الهداية : ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ، أو وهبه منه ، ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحساناً ــ خلافاً لزفر ــ لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود ، كما في الدين الموعود ، ولم يبق الدين ، بالإبراء أو الهبة ، ولا جهته : لسقوطه ، إلا إذا أحدث منعاً ، لأنه يصير به غاصباً ، إذا لم تبق له ولاية المنع .

قال صاحب العناية في توجيه قول زفر : هو يقول : إن الضمان في باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض ، وهو قائم . فكان مابعد الإبراء وما قبله سواء ، ولهذا كان مضموناً بعد الاستيفاء وإن لم يبق الدين بعده [1].

المسألة السابعة : شركة المفاوضة :

اختلفوا في جوازها :

١ ــ ذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد رحمهم الله تعالى إلى جوازها ، وإن اختلفوا في معناها وشروطها .

---

(١) الهداية وشروحها : ٢٤٢/٨ ــ ٢٤٣

فهي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى : شركة عامة في كل ما يصح فيه الاشتراك، ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر . واشترط في ذلك كله المساواة .

جاء في البداية : فأما الشركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما . وقال : وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة ، إلا طعام أهله وكسوتهم ، وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له . قال ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه .

قال في الهداية : لأنها شركة عامة في جميع التجارات ، يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق .

وقال في الفتح : والمفاوضة المساواة ، فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه ، فعم التساوي في ذلك . وقال : ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه ، كما أنه وكيل عنه . [الهداية وشروحها : ٥/٥ — ١٢]

وهي عند مالك ، كما قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٢٥١] : أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله ، مع غيبته وحضوره ، وذلك واقع عندهم في جميع الممتلكات .

وقال في الشرح الكبير [٣/٣٥١] : ثم إن أطلقا التصرف : بأن جعله كل لصاحبه ، غيبة وحضوراً ، في بيع وشراء ، وكراء واكتراء ، وغير ذلك مما تحتاج له التجارة وإن بنوع — كالرقيق — فمفاوضة .

ولم يشترط مالك التساوي فيها ، قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٢٥٢] : وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة : فإن أبا حنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوي في رؤوس الأموال ، وقال مالك : ليس من شرطها ذلك، تشبيهاً بشركة العنان .

وهناك شروط أخرى يختلفان فيها تعرف من كتب المذاهب .

وهي عند أحمد ، كما قال ابن قدامة [المغني : ٥/٢٢] : أن يشتركا في جميع أنواع الشركة ، مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه ، والأبدان ، فيصح ذلك .

٢ ــ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى بطلانها مطلقاً ، على المعاني الثلاثة المذكورة •

جاء في مغني المحتاج [٢/٢١٢] : شركة المفاوضة بأن يشتركا ليكون بينهما كسبهما ••• بأموالهما وأبدانهما ، وعليهما ما يعرض منغرم ، سواء أكان بغصب أم بإتلاف أم ببيع فاسد •

وقال في الأم [٣/٢٠٦] : وشركة المفاوضة باطل ، ولا أعرف شيئاً من الدنيا يكون باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلاً ، إلا أن يكونا شريكين يعدان المفاوضة خلط المال والعمل فيه واقتسام الربح ، فهـذا لابأس به ، وهذه الشركة التي يقول بعض المشرقيين لها شركة عنان • وإذا اشتركا مفاوضة وتشارطا أن المفاوضة عندهما هذا المعنى فالشركة صحيحة ، وما رزق أحدهما من غير هذا المال الذي اشتركا فيه ــ من تجارة أو إجارة أو كنز أو هبة أو غير ذلك ــ فهو له دون صاحبه ، وإن زعما أن المفاوضة عندهما بأن يكونا شريكين في كل ما أفاد بوجـه من الوجوه بسبب المال وغيره فالشركة فاسدة •

وقال : ولا شركة مفاوضة ، وإذا أقر صانع من صناعته لرجل بشيء : إسكاف أقر لرجل بخف ، أو غسال أقر لرجل بثوب ، فذلك عليه دون شريكه ، إلا أن يقر شريكه معه ، وإذا كانا شريكين فالشركة كلها ليست مفاوضة ، وأي الشريكين أقر فإنما يقر على نفسه ودن صاحبه ، وإقرار الشريك ومن لا شريك له سواء •

الأدلـة :

١ ــ عمدة الحنفية في هذا الاستحسان ، قال في الهداية : وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً •

ووجه هذا الاستحسان ــ على ما ذكروا ــ الأثر والتعامل :

أما الأول : فقوله ﷺ : (فاوضوا فإنه أعظم للبركة) • وقوله ﷺ : (إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة) •

قال في الفتح : وهذا الحديث لم يعرف في كتب الحديث أصلاً ، والله أعلم به ، ولا يثبت به حجة على الخصم •

أما الثاني :فهو أن الناس تعاملوا بها من غير نكير ـ والتعامل كالإجماع ـ وبهذا يترك القياس • [الهداية وشروحها : ٥/٦ ــ ٧]

وإذا كان الأثر لم يصح ولا يصلح حجة فيبقى معتمدهم الاستحسان للتعامل ، وهذا من نوع الاستحسان للعرف أو العادة عندهم ، أو استحسان الإجماع •

٢ ــ وعمدة مالك أنه يرى أن كل واحد منهما قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه ، ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده • [بداية المجتهد : ٢/٢٥١]

٣ ــ وعمدة الحنابلة أن كل نوع من هــذه الشركات ــ العنان ، الوجوه ، الأبدان ــ صحيح على انفراده ، فهو صحيح مع غيره [المغني : ٥/٢٢] [1] •

٤ ــ وعمدة الشافعي رحمه الله تعالى : أنها مشتملة على أنواع من الغرر ، واحد منها يكفي لبطلانها ، فكيف إذا اجتمعت ؟ ولذلك يراها قماراً أو أشد منه •

قال في الأم [٣/٢٠٦] : ولا أعرف القمار إلا في هذا أو أقل منه : أن يشترك الرجلان بمائتي درهم ، فيجد أحدهما كنزاً فيكون بينهما ، أرأيت لو تشارطا على هذا من غير أن يتخالطا بمال ، أكان يجوز ؟ أو رأيت رجلاً وهب له هبة ، أو أجر نفسه في عمل ، فأفاد مالاً من عمل أو هبة ، أيكون الآخر له فيه شريكاً ؟ لقد أنكروا أقل من هذا [وانظر مغني المحتاج : ٢/٢١٢] •

المسألة الثامنة : إقرار الوكيل بالخصومة :

إذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله ، هل يلزم إقراره الموكل أم لا ؟ اختلفوا في ذلك :

١ ــ ذهب الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله تعالى إلى : أنه لا يقبل إقراره ولا يلزم الموكل •

---

(١) وانظر : ٤ ، ١١ ، ١٢ من المرجع نفسه لمعرفة جواز الأنواع الثلاثة .

قال المزني في مختصره [٣/٤] : فإن وكله بخصومة : فإن شاء قبل وإن شاء ترك ، فإن قبل : فإن شاء فسخ وإن شاء ثبت ، فإن ثبت وأقر على من وكله لم يلزمه إقراره • قال : وكذلك قال الشافعي رحمه الله •

وقال الشافعي [الأم : ٣/٢٠٧] : وإذا وكل الرجل الرجل بوكالة ، ولم يقل له في الوكالة : إنه وكله بأن يقر عليه ، ولا يصالح ، ولا يبرىء ، ولا يهب ، فإن فعل : فما فعل من ذلك كله باطل •

وقال ابن قدامة [المغني : ٥/٧٢] : إذا وكل رجلاً في الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره •

وقال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٢٩٧] : واختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة : هل يتضمن الإقرار أم لا ؟ فقال مالك : لا يتضمن •

وجاء في الشرح الكبير : وجاز توكيل واحد ••• في خصومة وإن كره خصمه، ••• وليس له حينئذ عزله •• ولا له عزل نفسه ، ولا الإقرار عن موكله ، إن لم يفوض له أو يجعل له الإقرار • قال في الحاشية : فإن أقر بشيء لم يلزم الموكل ما أقر به [١] •

٢ ــ وذهب أبو حنيفة ومحمد ــ من أصحابه ــ رحمهم الله تعالى إلى أنه إن أقر في مجلس القاضي جاز إقراره ولزم موكله ، وإن أقر في غير مجلسه لم يجز •

قال في الهداية [٦/١٠٢] : وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه ، ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد •

٣ ــ وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : يجوز إقراره عليه مطلقاً •

قال في الهداية أيضاً [٦/١٠٣] : وقال أبو يوسف : يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء •

---

(١) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي : ٣/٣٧٨ ــ ٣٧٩ (بتصرف) •

الأدلــة :

١ ــ عمدة القائلين إنه لايقبل إقراره :

ــ أن الإقرار معنى : يقطع الخصومة وينافيهــا ــ لأن الخصومة منــازعة ، والإقرار مسالمة ــ فلا يملك الوكيل بالخصومة الإقرار ، لأن الأمر بالشيء لايتناول ضده ، والإقرار ضد الخصومة ــ كما بينا ــ فلا يملكه الوكيل فيها كما لايملك الإبراء والصلح [المغني : ٥/٧٢] •

ــ وكذلك : هو وكله بالخصومة ولم يوكله بالإقرار ، فلا يكون وكيلاً به ، ولا يلزم الموكل مالم يوكل به من تصرفات الوكيل • قال في الأم : لأنه لم يوكله به ، فلا يكون وكيلاً فيما لم يوكله [مختصر المزني : ٣/٤ ، الأم : ٣/٢٠٧] •

٢ ــ وعمدة أبي يوسف رحمه الله تعالى في قبوله مطلقاً : أن الوكيل قائم مقام الموكل ، فيقتضي هــذا أن يملك ما كان الموكل مالكاً له ، وإقرار الموكل لايختص بمجلس القضاء ، فكذلك إقرار نائبه وهو الوكيل ، فيقبل إقراره عليه مطلقاً •

٣ ــ وعمدة أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : الاستحسان •

قال صاحب العناية : والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان •

وجه هذا الاستحسان : أن هذا التوكيل صحيح قطعاً من كل وجه ، وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعاً ، لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح ، وما يملكه الموكل مطلق الجواب المتناول للإنكار والإقرار جميعاً دون أحدهما عيناً • وطريق المجاز بين الخصومة ومطلق الجواب موجود في هذه المسألة ، فينصرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بمطلق الجواب ، تحريــاً لصحة كلام الموكل ، لأن كلام العاقل يصان عن الإلغاء •

والتوكيل : يتناول جواباً يسمى خصومة ــ حقيقة أو مجازاً ــ والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً : إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة ، أو لأنه سبب له ، لأن الظاهر إتيانه بالمستحق ، وهو الجواب في مجلس القضاء ، فيختص به •

وما كان في غير مجلس القضاء فليس بخصومة لاحقيقة ولا مجازاً ، إذ الإقرار خصومة ــ مجازاً ــ من حيث إنه جواب ، ولا جواب في غير مجلس القضاء ، فلا إقرار يكون خصومة مجازاً في غيره ، فلا يتناوله الجواب الموكل به [1] •

المسألة التاسعة : الاقرار بمبهم ومفسر :

وصورة المسألة أن يقول :

له علي مائة ودرهم ، أو يقول : له علي مائة وثوب ، وهكذا • اختلفوا في هذا :

١ ــ ذهب الشافعي ــ والمالكية ــ رحمهم الله تعالى إلى أنه يرجع في تفسير المبهم إلى المقر ، ويقبل قوله بكل شيء يفسر به ، ويحلف على ذلك إن اتهمه خصمه أو خالفه ، ولا يكون المعطوف مفسراً للمعطوف عليه •

قال في الأم [٦/٢٣٢] : فإذا قال : له علي ألف ودرهم ، ولم يسم الألف ، قيل له : أقر بأي ألف شئت : إن شئت فلوساً ، وإن شئت تمراً ، وإن شئت خبزاً ، وأعطه درهماً معها ، واحلف له : أن الألف التي أقررت بها هذه الألف التي بينتها •

ثم قال : وهكذا لو قال : ألف وكر [2] حنطة ، أو ألف وعبد ، أو ألف وشاة ، لم نجعل ههنا إلا ما وصفنا بأن الألف : ماشاء ، وما سمى •

وقال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير [٣/٤٠٥] : إذا قال : لفلان علي ألف ودرهم ، أو : له ألف وعبد ، أو : ألف وثوب ، ونحو ذلك ، وأبهم في الألف ، فإنه يقبل تفسير الألف بأي شيء ذكره ، سواء فسره بألف دينار ، أو درهم ، أو جديد أو ثوب ، أو حمار ، ولا يكون المعطوف مفسراً للمعطوف عليه •

قال في الشرح : ولخصمه تحليفه على ما فسر به ، إن اتهمه أو خالفه •

٢ ــ ومذهب أحمد رحمه الله تعالى أن المجمل من جنس المفسر ، فيلزم المقر ــ فيما أبهمه ــ جنس مافسره • وفي المذهب قول آخر كقول الشافعي •

---

(١) الهداية وشروحها : ٦/١٠٣ ــ ١٠٩ (تكملة) .

(٢) الكر : كيل كان متعارفا عليه (المصباح) .

قال ابن قدامة [المغني : ٥/١٣٢] : وإن قال : له علي ألف ودرهم ، أو : ألف وثوب ، أو قفيز[1] حنطة ، فالمجمل من جنس المفسر أيضاً ، قال : وهذا قول القاضي وابن حامد وأبي ثور .

وقال التميمي وأبو الخطاب : يرجع في تفسير المجمل إليه . اهـ .

٣ ــ وفرق أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى فقالوا : إن عطف على المبهم دراهم أو دنانير ، أو مكيلاً ، أو موزوناً ، كان تفسيراً له ولزمه ، وإن عطف غير ذلك من مذروع ، أو مالا يكال ولا يوزن ، لم يكن تفسيراً له ، ويرجع إليه في ذلك .

قال في الهداية [٦/٢٩٩] : وإن قال : له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ، ولو قال : مائة وثوب لزمه ثوب واحد ، والمرجع في تفسير المائة إليه .

الأدلــة :

١ ــ عمدة القائلين إنه يرجع إلى تفسيره على كل حال :

أن ماذكره أولاً مبهم ،وليس فيما ذكره آخراً ما يدل على أنه منه ، بل هو يحتمله ويحتمل غيره ، ولا يؤخذ الناس إلا باليقين ، والعطف لم يوضع للتفسير والبيان ، وإنما وضع للزيادة ، ويقتضي المغــايرة . قــال في الأم بعد ذكره صورة المسألة : فإنه ليس في قولك ودرهم ما يدل على أن ما مضى دراهم، ولو زعمنا أن ذلك كذلك ما أحلفناك لو ادعي ألف دينار ، ولكن لما كان قولك محتملاً لما هو أعلى من الدراهم وأدنى ، لم نجعل عليك الأعلى دون الأدنى ولا الأدنى دون الأعلى . وقال :

ولو جاز لنا أن نجعل الكلام الآخر دليلاً على الأول ، لكان إذا أقر له بألف وعبد ، جعلنا عليه ألف عبد وعبداً ، وهكذا : لو أقر له بألف وكر حنطة ، جعلنا عليه ألف كر وكراً حنطة ، ولا يجوز إلا هذا . وقال :

وأصل ما أقول من هذا : أني ألزم الناس أبداً اليقين ، وأطرح عنهم الشك ، ولا أستعمل عليهم الأغلب .

---

(١) مكيال معين .

وقال الدردير : ولا يكون ذكر الدرهم مقتضياً لكون الألف من الدراهم [1] .

٢ ـ وعمدة القائلين إن المجمل من جنس المفسر مطلقاً :

ـ أن العرب تكتفي بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى ، وذلك كما في قوله تعالى : « ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعاً » / الكهف : ٢٥ / . وكقوله تعالى : « عن اليمين وعن الشمال قعيد » / ق : ١٧ / .

ففي الآية الأولى : اكتفى بتفسير الجملة الأولى عن الثانية ، وفي الآية الثانية : اكتفى بتفسير الجملة الثانية عن الأولى .

ـ أن المبهم ذكر مع مفسر ـ لم يقم الدليل على أنه من غير جنسه ـ فكان المبهم من جنس المفسر ، كما لو قال : مائة وخمسون درهماً ، أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلاً .

وتحقيق ذلك : أن المبهم يحتاج إلى التفسير ، وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره ، فوجب حمله عليه . [المغني : ١٣٣/٥]

٣ ـ وأما الحنفية فعمدتهم ـ في التفريق بين الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن، وبين غيرها ـ الاستحسان .

قال ابن الهمام ، بعد ذكره القول في الصورتين : ولكن علماءنا رحمهم الله تعالى فرقوا بين الفصلين ، وأخذوا بالاستحسان في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون ، فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما إذا قال : له علي مائة ودرهم ، أو مائة ودينار ، أو مائة وقفيز حنطة ، و مائة ومنّ زعفران [2] .

وجه هذا الاستحسان : أنهم استثقلوا تكرار الدراهم في كل عدد ، واكتفوا بذكره عقيب العددين . وهـذا الاستثقال وارد في كل ما يكثر استعماله ، وكثرة

---

(١) الأم : ٢٣٢/٦ ـ ٢٣٣ ، الشرح الكبير : ٤٠٥/٣ ، وانظر : مغني المحتاج : ٢٤٩/٢ ، والمغني : ١٣٢/٥

(٢) القفيز : مكيال كان معروفاً لديهم ، والمنّ : وزن معروف كذلك .

الاستعمال تكون فيما يكثر وجوبه ، وكثرة الوجوب تكون بكثرة الأسباب ، وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون ، لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ، ويجوز الاستقراض بها ، بخلاف غيرها ــ من الثياب ومالا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها ، حيث لاتثبت في الذمة إلا قليلاً ــ فبقي على الأصل من أن بيان المجمل يكون إلى المجمل • [الهداية وشروحها : ٦/٢٩٨ ــ ٢٩٩]

المسألة العاشرة : اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل :

اتفق الأئمة على : أنه إذا اختلف شهود الزنا : فشهد اثنان أنه زنى بها في بلد كذا ، واثنان في بلد كذا ، أو : أنه زنى بها في بيت ، وشهد الآخران أنه زنى بها في بيت آخر ، فالاتفاق على أن هذه البينة لاتقبل ولا يقام على المتهمين الحد ، وكذلك إذا شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت ، وشهد الآخران أنه زنى بها في زاوية أخرى، وكانت الزاويتان متباعدتين •

أمـــا إن اختلف الشهـــود في تعيين الزاوية ــ وكان البيت صغيراً ، والزوايا متقاربة ــ فقد اختلفوا في ذلك :

١ ــ ذهب أبو حنيفة وأصحابه وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أنه تقبل هذه الشهادة ، ويقام عليهما الحد •

قال في الهداية [٤/١٦٧] : وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة ، وآخران أنه زنى بها بالبصرة ، درىء الحد عنهما جميعـــاً ، وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة • قال : معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية •

وقال ابن قدامة [المغني : ٩/٧٤] : وإن شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت ، وشهد اثنان أنه زنى بها في زاوية منه أخرى ، وكانت الزاويتان متباعدتين ، فالقول فيهما كالقول في البيتين ، وإن كانت متقاربتين كملت شهادتهم ، وحد المشهود عليه •

٢ ــ وذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى : أن هذه الشهادة لاتقبل ولا يثبت بها الحد •

قال ابن رشد [٤٣٠/٢] : وجمهورهم على أن من شرط هـذه الشهادة أن لاتختلف : لافي زمـان ولا مكان ، إلا مـا حكي عن أبي حنيفة من مسألة الزوايا المشهورة •

وجاء في الشرح الكبير [٣١٩/٤] : ويثبت بالبينة العادلة : أربعة رجال يرونه كالمرود في المكحلة برؤيا (١) وزمن اتحدا •

وقال النووي في المنهاج [١٥١/٤] : ولو عين شاهد زاوية لزناه ، والباقون غيرها ، لم يثبت •

الأدلـة :

١ ــ حجة أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى الاستحسان ، قـال صاحب الهداية ، بعد ذكره الحكم في هذه المسألة : وهذا استحسان ، والقياس أن لايجب الحد ، لاختلاف المكان حقيقة •

وذكر ابن الهمام أن وجه الاستحسان : أنهم اتفقوا في شهادتهم على فعل واحد حيث نسبوه إلى بيت واحد صغير ــ والكلام فيه ــ ثم إن تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لايوجب تعدد الفعل ، لأن البيت إذا كان صغيراً ــ والفعل وسطه ــ فكل من كان في جهة يظن أنه إليه أقرب ، فيقول : إنه في الزاوية التي تليه ، وعلى هذا يكون اختلافهم صورة لاحقيقة ، وعلى فرض أن اختلافهم في الزوايا فالفعل واحد ، وذلك بفرض أن ابتداء الفعل منهما كان في زاوية ، ثم صار إلى أخرى بتحركهما أثناء الفعل ، وذلك ممكن لصغر المكان • [الهداية وشروحها : ١٦٧/٤]

وبمثل هذا المعنى احتج الحنابلة ، قال ابن قدامة [المغني : ٧٤/٩] : ولنا أنهما إذا تقاربتا أمكن صدق الشهود ، بأن يكون ابتداء الفعل في إحداهما وتمامه في الأخرى ، أو ينسبه كل اثنين إلى احـدى الزاويتين لقربه منها ، فيجب قبـول شهادتهم كما لو اتفقوا • اهـ •

---

(١) الظاهر أن المراد (برؤيا) مكان الرؤية .

فالظاهر من كلامهم : أن هذا الاختلاف لايؤثر في الشهادة ولا يورث شبهة ، فلا يدرأ الحد •

٢ ــ وأما الذين قالوا برد هذه الشهادة ، وأنه لايثبت الحد ، فالظاهر : أنهم اعتبروا هذا الاختلاف كالاختلاف في الزمان ، والاتفاق على أن الاختلاف في الزمان يؤثر في رد الشهادة ، مع ملاحظة أن هذا الاختلاف يورث شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات ، والشارع تشدد في إثبات هذا الحد أكثر من غيره •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٤٣١] : وسبب الخلاف هل تلفق الشهادة المختلفة بمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان ؟ ــ فإنهم أجمعوا على أنها لا تلفق ــ والمكان أشبه شيء بالزمان ، والظاهر من الشرع : قصده إلى التوثق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود • اهـ •

وقال الخطيب الشربيني [مغني المحتاج : ٤/١٥١] : لأنهم لم يتفقوا على زنية واحدة ، فأشبه مالو قال بعضهم : زنى بالغداة ، وبعضهم بالعشي •

وقال الغزالي في معرض الرد على القائلين بالاستحسان وتفريعهم هذه المسألة : وهذا هوس ، لأنا نصدقهم ولا نرجم المشهود عليه ، كما لو شهد ثلاثة ، وكما لو شهدوا في دور ، وندرأ الرجم من حيث لم نعلم يقيناً اجتماع الأربعة على شهادة واحدة ، فدرأ الحد بالشبهة أحسن • [المستصفى : ١/١٣٩]

المسألة الحادية عشرة : الاشتراك في السرقة :

اختلف الأئمة فيما : إذا دخل الحرز [١] اثنان أو أكثر ، وأخرج بعضهم المتاع دون الباقين ، هل يقطع الجميع أو المخرج فقط ؟

١ ــ ذهب أبو حنيفة وأصحابه ــ ما عدا زفر ــ وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أن القطع على الجميع •

---

(١) المكان المناسب لحفظ الشيء عادة ، ويختلف باختلاف الأشياء .

قال في الهداية [٢٤٤/٤] : وإذا دخل الحرز جماعة ، فتولى بعضهم الأخذ ، قطعوا جميعاً •

وقال ابن قدامة [المغني : ١٤١/٩] : وإن دخلا جميعاً فأخرج أحدهما المتاع وحده ، فقال أصحابنا : القطع عليهما •

وذهب الشافعي وزفر رحمهما الله تعالى إلى : أن القطع على الذي تولى الأخذ فقط • وهذا هو الظاهر من كلام مالك رحمه الله تعالى وكتب مذهبه •

قال في الأم [١٣٧/٦] : ولو دخل جماعة البيت ونقبوه معاً ، ثم أخرج بعضهم السرقة ولم يخرجها بعضهم ، قطع الذي أخرجها دون الذي لم يخرجها ، وكذلك لو كانوا جماعة ــ فوقف بعضهم على الباب ، أو في موضع يحميهم ــ فمن أخذ المتاع منهم : قطع الذي أخرج المتاع من جوف البيت ، ولم يقطع من لم يخرجه من جوف البيت •

وقال في الهداية [٢٤٤/٤] : والقياس : أن يقطع الحامل وحده ، وهو قول زفر رحمه الله •

وقال في الموطأ [٨٣٧/٢] : وإن خرج كل واحد منهم بمتاع على حدته ، فمن خرج منهم بما تبلغ قيمته ثلاثة دراهم فصاعداً فعليه القطع ، ومن لم يخرج منهم بما تبلغ قيمته ثلاثة دراهم فلا قطع عليه •

وقال الدسوقي في حاشيته [٣٣٥/٤] : ولو خرج كل واحد منهم من الحرز حاملاً لشيء دون الآخر ــ وهم شركاء فيما أخرجوه ــ لم يقطع منهم إلا من أخرج ما قيمته ثلاثة دراهم •

الأدلــة :

١ ــ حجة القائلين بالقطع على الكل : أن إخراج المتاع من الحرز ــ وإن قام به البعض ــ لكنه في المعنى يعتبر من الكل ، لتعاونهم واشتراكهم في هتك الحرز ، إذ المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ، ويتهيأ الباقون للدفاع والحماية ، فلو امتنع القطع على الحامية في هذه الحال لأدى إلى سد باب الحد •

وهذا المعنى هو وجه الاستحسان لدى الحنفية ، إذ هو المعتمد عندهم في هذه المسألة ، فقد قال صاحب الهداية بعد ذكره الحكم فيها : هذا استحسان •
[الهداية وشروحها : ٢٤٤/٤ ، والمغني : ١٤١/٩]

٢ ــ وأما الذين قالوا بالقطع على المخرج فقط : فعمدتهم في ذلك القياس الظاهر ، وذلك أن الإخراج قد وجد منه وحده ، والسرقة تمت به ، فكان هو السارق وحده ، وإنما القطع على السارق ، فلا يقطع غير المخرج ، وكذلك إذا أخرج كل منهم شيئاً لايجب فيه القطع لايقطع ، لأنه لم يتحقق شرط القطع •
[الهداية وشروحها : ٢٤٣/٤ ، مغني المحتاج : ١٧٢/٤ ، الزرقاني على الموطأ : ١١٧/٥] •

المسألة الثانية عشرة : حكم قاطع الطريق في المصر :

اختلفوا فيمن قطع الطريق في المصر ، أو قريباً منه ، أو في القرى ، هل يعتبر قاطع طريق ويقام عليه حد قطاع الطريق ، أو لايكون قاطع الطريق إلا في الصحراء •

١ ــ ذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى : أنه لا يكون قطع الطريق إلا في الصحراء ، ولا يكون في المصر ولا في القرب منه ، ولا في القرى •

قال في الهداية [٢٧٤/٤] : ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا في المصر ، أو بين الكوفة والحيرة ، فليس بقاطع الطريق •

٢ ــ وذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى : أن المصر وخارجه سواء قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٤٤٥/٢] : واختلفوا فيمن حارب داخل المصر ، فقال مالك : داخل المصر وخارجه سواء •

وقال في الشرح الكبير [٣٤٨/٤] : وسواء كانت الطريق خارجة عن العمران، أو داخلة كالأزقة •

وقال في الأم : [١٤٠/٦] : بعد ذكره حد قاطع الطريق : والمحاربون الذين هذه حدودهم القوم يعرضون بالسلاح للقوم ، حتى يغصبوهم مجاهرة في الصحارى والطرق • وأرى ذلك في ديار أهل البادية وفي القرى سواء ، إن لم يكن من كان في المصر أعظم ذنباً فحدودهم واحدة •

٣ ــ وأمــا أحمد رحمه الله تعالى ، فقد ذكر ابن قدامة أنه توقف في ذلــك ولأصحابه قولان ، والأكثر : أنه قاطع طريق حيث كان •

قال ابن قدامة : وجملته أن المحاربين ــ الذين تثبت لهم أحكام المحاربة التي نذكرها بعد ــ تعتبر لهم شروط ثلاثة : أحدها : أن يكون ذلك في الصحراء ، فإن كان ذلك منهم في القرى والأمصار ، فقد توقف أحمد رحمه الله فيهم ، وظاهر كلام الخرقي : أنهم غير محاربين • قال : وقال كثير من أصحابنا : هو قاطع حيث كان •

قــال الخرقي : والمحاربون : الذين يعرضون للقوم بالســلاح في الصحراء فيغصبونهم المال مجاهرة • [المغني : ٩/١٤٤]

الأدلــة :

١ ــ عمدة الحنفية فيما ذهبوا إليه ــ كما ذكر صاحب الهداية ــ الاستحسان ووجه هذا الاستحسان : أن قطع الطريق يكون بقطع المارة ، ولا يكون ذلــك في المصر ولا في القرب منه ، لأن الظاهر في هذه الحال لحقوق الغوث ، فتذهب شوكة المعتدين ، ولا تتحقق المغالبة ، وعلى هذا يكونون مختلسين ، ولا يكونون قطاع طريق •

وبهــذا المعنى استدل القائلون بهــذا القول من الحنابلة ، وإن لم يسموه استحساناً • [المغني : ٩/١٤٤ ، الهداية : ٤/٢٧٥]

٢ ــ وأما القائلون بأنهم قطاع طرق حيثما كانوا : فحجتهم في ذلك أن عموم الآية يتناول كل محارب ، قال تعالى : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم » / المائدة : ٣٣/ • فإذا تحققت الشروط فيمن قطع الطريق في المصر وجب عليه حد قاطع الطريق ، قياساً على من قطعه في الصحراء ، بل هو أولى ، لأنه إذا وجب عليهم هذا في الصحراء ــ وهي موضع الخوف ــ فلأن يجب في المصر ــ وهو موضع الأمن ــ أولى ، لعظم جراءتهم ، وعظم إخافتهم ، وكثرة ضررهم •

[المغني : ٩/١٤٤ ، مغني المحتاج : ٤/١٨١]

المسألة الثالثة عشرة : حدوث العيب في الأضحية :

الأضحية واجبة عند الحنفية ، سنة مؤكدة عند الأئمة الثلاثة إلا إذا أوجبها على نفسه •

واتفقوا على أن المعيبة لاتجزىء أضحية ، وإن اختلفوا في العيوب التي تمنع الجواز •

فإذا اشترى شاة للأضحية ـ وهي سليمة من العيوب التي لاتجزىء في الأضحية ثم تعيبت قبل الذبح ـ فهل تجزىء أضحية إذا ذبحها بعد حدوث العيب ؟ •

١ ـ ذهب الحنفية رحمهم الله تعالى إلى : أنه إذا تعيبت ـ عند معالجة الذبح وذبحها ـ أجزأته • وعمدتهم في ذلك الاستحسان •

قال في الهداية [٨/٧٥] : ولو أضجعها ، فاضطربت ، فانكسرت رجلها ، فذبحها ، أجزأه استحساناً •

ووجه هذا الاستحسان عندهم : أن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح ، فكأن العيب حصل بالذبح ـ اعتباراً وحكماً ـ فلم يمنع الإجزاء •

٢ ـ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى : أنه إذا أوجبها على نفسه وهي سليمة ثم تعيبت أجزأته ، أما إذا لم يوجبها ، وتعيبت ، ثم ذبحها ، لم تكن أضحية •

قال في الأم [٢/١٩٠] : وإذا اشترى الرجل الضحية ، فلم يوجبها حتى أصابها مالا تجوز معه ـ بحضرة الذبح قبل أن يذبحها ، أو قبل ذلك ـ لم تكن ضحية ، ولو أوجبها سالمة ثم أصابها ذلك ، وبلغت أيام الأضحى ، ضحى بها وأجزأت عنه •

والظاهر أن حجته في ذلك خبر الترمذي : (**أربع لاتجزىء في الأضاحي :** العوراء البين عورها ، والمريضة البين مرضها ، والعرجاء البين عرجها ، والعجفاء التي لاتنقي)[1] •

---

(١) سنن الترمذي : ٣/٢٧ وابن ماجه : ٢/٥٠ وأخرجه مالك في الموطأ (زرقاني: ٣/٣٧٧) وأبو داود في سننه (٢/٨٧) مع اختلاف في بعض الألفاظ . [العجفاء : الضعيفة الهزيلة . لاتنقي : أي ذهب مخ عظمها لشدة هزالها] .

والعبرة بالذبح للتي لم يوجبها ، ووقت الإيجاب للتي أوجبها • قال الشافعي [الأم : ٢/١٩٠] : إنما أنظر إلى الضحية في الحال التي أوجبتها فيها [١] •

٣ـ والذي يظهر أن مذهب مالك رحمه الله تعالى ـ على ماتذكره كتب المذهب ـ أنه إذا تعيبت قبل الذبح لاتجزىء مطلقاً •

جاء في الشرح الكبير : ومُنِع البيع من الأضحية ـ وإن لم يحصل إجزاء ـ كمن ذبح يوم النحر قبل الإمام ، أو تعيبت حالة الذبح عيباً يمنع الإجزاء ، كما إذا أضجعها للذبح فاضطربت فانكسرت رجلها ، أو أصابت السكين عينها ففقأتها قبل تمام فَرْي الحلقوم والودجين [٢] •

وقال : إنما تجب بالنذر والذبح ، فلا تجزىء إن تعيبت قبله ، وصنع بها ما شاء •

والظاهر أن حجتهم في هذا الحديث المذكور سابقاً • قال الدسوقي : فإذا نذرها ثم أصابها عيب قبل الذبح فإنها لاتجزىء ـ كما قال ابن عبد السلام ـ لأن تعيين المكلف والتزامه لايرفع ماطلب منه الشارع فعله يوم الأضحى : من ذبح شاة سليمة من العيوب • [الشرح الكبير : ٢/١٢٤ ـ ١٢٥ مع حاشية الدسوقي]

٤ ـ وأما الحنابلة فمذهبهم أنه إذا تعيبت بفعله لم تجزئه ، وأما إذا حدث فيها العيب دون فعله أجزأته •

قال ابن قدامة : إنه إذا أوجب أضحية[٣] صحيحة ، سليمة من العيوب ، ثم حدث بها عيب يمنع الإجزاء ، ذبحها وأجزأته • وقال : إن تعيبت بفعله فعليه بدلها •

---

(١) وانظر مغني المحتاج : ٤/٢٨٦

(٢) فري : قطع . الحلقوم : مجرى النفس . الودجين : العرقين اللذين على جانبي العنق .

(٣) عين شاة أو نحوها لتكون أضحية .

وحجتهم في ذلك : ما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال : ابتعنا كبشاً نضحي به ، فأصاب الذئب من أليته ، فسألنا النبي ﷺ ، فأمرنا أن نضحي به • [رواه ابن ماجه : ٢/١٠٥١]

والظاهر : أن الاصـــل عندهم أنه لايجزىء ، وإنما قالوا بالجواز للحديث المذكور ، والحديث ظاهر أن التعييب لم يكن بفعله ، فبقي ما أحدثه بفعله على أصل المنع ، ولذلك قال ابن قدامة بعد ذكره قول الحنفية : ولنا أنه عيب أحدثه بها قبل ذبحها فلم تجزئه ، كما لو كان قبل معالجة الذبح • [المغني : ٩/٤٤٣ ـــ ٤٤٤]

المسألة الرابعة عشرة : نذر التصدق بماله :

اختلفوا فيمن قال : مالي في سبيل الله ـــ أو مافي معناه من ألفاظ النذر ـــ ماذا يجب عليه ، هل يلزمه التصديق بكل ما يملك أو بجزء منه ؟

١ ـــ ذهب أبو حنيفة ـــ وأبو يوسف ومحمد من أصحابه ـــ رحمهم الله تعالى إلى : أنه يلزمه التصدق بكل ما يملك من الأموال التي تجب فيها الزكاة : كالنقدين والسوائم وأموال التجارة •

قال في بداية المبتدي [٥/٥٢٤] : ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة •

٢ ـــ وذهب مالك وأحمد رحمهمـــا الله تعالى إلى أنه يتصدق بثلث ما يملك من الأمـــوال •

جاء في الموطأ : قال مالك في الذي يقول : مالي في سبيل الله ، ثم يحنث ، قال: يجعل ثلث ماله في سبيل الله •

وقال الخرقي : ومن نذر أن يتصدق بماله كله أجزأه أن يتصدق بثلثه • [الموطأ : ٢/٤٨١ ، الشرح الكبير : ٢/١٦٣ ، المغني : ١٠/٩]

٣ ـــ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى ـــ وزفر من أصحاب أبي حنيفة ـــ إلى أنه يلزمه التصدق بكل ماله •

جاء في الأم [٢/٢٢٨] : ومن حلف بصدقة ماله فحنث : فإن كان أراد يميناً فكفارة يمين ، وإن أراد بذلك تبرراً (١) ، مثل أن يقول : لله علي أن أتصدق بمالي ، فتصدق به كله • اهـ •

وذكرت كتب الحنفية أن التصدق بالكل هو قول زفر رحمه الله تعالى •
[الهداية وشروحها : ٥/٥٢٤]

وهناك أقوال أخرى في هذه المسألة ولكنها ضعيفة ولا دليل لها •
[المغني : ١٠/٩ ، بداية المجتهد : ١/٤١٤]

الأدلـة :

١ ــ عمدة الحنفية في هذه المسألة الاستحسان ، جاء في فتح القدير : الأصل فيما إذا قال : مالي صدقة : في القياس ينصرف إلى كل مالٍ له ــ وهو قول زفر ــ وفي الاستحسان ينصرف إلى مال الزكاة خاصة •

قال صاحب العناية : وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله ، إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب مستبداً به ، لئلا ينزع إلى الشركة ، وإيجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف إلى أموال خاصة ، فكذا إيجاب العبد •

قال في الفتح : وما أوجب به التصدق ــ أي الشرع ــ ذكره بلفظ العموم ، وعلق الإيجاب ببعضه ، قال الله تعالى : « خذ من أموالهم صدقة » / التوبة : ١٠٣ / ولم يعم كل مال •
[الهداية وشروحها : ٢/٣٣٤ ، ٥/٥٢٤ ــ ٥٢٥ • ابن عابدين : ٣/٧٤٢]

---

(١) قال الشافعي : والتبرر ان يقول : لله علي ــ إن شفى الله فلاناً او قدم فلان من سفره او قضى عني ديناً أو كان كذا ــ ان أحج له نذراً ، فهو التبرر . فأما إذا قال : إن لم أقضك حقك فعلي المشي إلى بيت الله ، فهذا من معاني الأيمان لامعاني النذور . [الأم : ٢/٢٢٨] .

٢ ــ أما مالك وأحمد رحمهما الله تعالى فحجتهما في ذلك :

ما وراه مالك في الموطأ [٢/٤٨١] من أن أبا لبابة بن عبد المنذر ــ رضي الله عنه ــ حين تاب الله عليه قال : يا رسول الله ، أهجر دار قومي التي أصبت فيها الذنب وأجاورك ، وأنخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله . فقال رسول الله ﷺ : (يجزيك من ذلك الثلث) .

قال ابن رشد : هو نص في مذهب مالك . وقال في الموطأ [٢/٤٨١] : وذلك للذي جاء من رسول الله ﷺ في أمر أبي لبابة .

وما روي عن كعب بن مالك ــ رضي الله عنه ــ قال : قلت يا رسول الله ، إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله ، فقال رسول الله ﷺ : (أمسك عليك بعض مالك) [البخاري : ٤/٩] . ولأبي داود [٢/٢١٥] : (يجزىء عنك الثلث) . [بداية المجتهد : ١/٤١٤ ، المغني : ١٠/٩ وفيه مناقشة لهذه الأدلة]

٣ ــ وحجة الشافعي وزفر رحمهما الله تعالى : ما أخرجه البخاري [٨/١٧٧] عن عائشة رضي الله عنها من قوله ﷺ : (من نذر أن يطيع الله عزوجل فليطعه ، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه) .

وهذا نذر طاعة ، فليزمه الوفاء به على الوجه الذي قصده كسائر النذور ، ولفظ المال في قوله مالي عام ، يتناول كل مال ، فيلزمه التصدق بكل مال يملكه .
[الأم : ٢/٢٢٨ ، الهداية وشروحها : ٥/٢٤]

* * *

الباب الثالث

في

الاستصحاب وأثره

ويحتوي على فصلين :

الفصل الأول : الاستصحـــاب

الفصل الثاني : أثر الاستصحاب

الفصل الأول

الاستصحاب

- تعريفه
- أنواعه وتحرير محل النزاع
- حجيته

تعريفـه :

هو لغة : استفعال من الصحبة ، وهي الملازمة ، قال في المصباح المنير : وكل شيء لازم شيئاً فقد استصحبه ، واستصحبت الكتاب وغيره حملته صحبتي ، ومن هنا قيل : استصحبت الحال إذا تمسكت بما كان ثابتاً ، كأنك جعلت تلك الحالـة مصاحبة غير مفارقة •

وأما اصطلاحاً :

١ ــ فقد عرفه شهاب الدين الزنجاني في كتابه [تخريج الفروع على الأصول : ٧٩] بقوله :

الاستدلال بعدم الدليل على نفي الحكم ، أو بقاء ماهو ثابت بالدليل ، وهـو الملقب بالاستصحاب •

٢ ــ وعرف بأنه : عبارة عن الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني ، بناء على ثبوته في الزمان الأول • لفقدان ما يصلح للتغيير • [الأسنوي : ٣/١٣١ ، المحلي : ٢/٢٨٦]

٣ ــ وقال العضد [٢/٢٨٤] : معنى الاستصحاب أن الحكم الفلاني قد كان ، ولم يظن عدمه ، وكل ما هو كذلك فهو مظنون البقاء •

٤ ــ وقال الغزالي : الاستصحاب عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي ، وليس راجعاً إلى عدم العلم بالدليل ، بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المغير ــ أو مع ظن انتفاء المغير ــ عند بذل الجهد في البحث والطلب •
[المستصفى : ١/١٢٨ ، روضة الناظر : ٨٠]

٥ ــ وعرفه ابن القيم [إعلام الموقعين : ١/٣٣٩] : بأنه استدامة إثبات ماكان ثابتاً أو نفي ما كان منفياً • أي بقاء الحكم القائم ــ نفياً وإثباتاً ــ حتى يقوم دليل على تغيير الحالة •

وجميع هذه التعاريف معانيها متقاربة ، وكلها تعني الحكم باستمرار وجـود ما ثبت وجوده حتى يدل الدليل على ذهـابه ، والحكم باستمرار عدم مالم يثبت وجوده حتى يقوم الدليل على وجوده •

أنواع الاستصحاب :

ذكر الأصوليون للاستصحاب أنواعاً خمسة وهي :

١ ــ استصحاب البراءة الأصلية :

وهو استصحاب العدم الأصلي المعلوم ، وذلك كبراءة الذمة من التكليف حتى يقوم الدليل على التكليف بأمر من الأمور ، فإذا لم يقم كانت الأمور مباحة للإنسان أن يتناولهـا •

٢ ــ استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه •

كالحل : إن ثبت مرتبطاً بأمر ثابت فإنه يستمر حتى يقوم الدليل على خلافه ، وذلك كاستصحاب الطهارة ، فإن وصف الطهارة إذا ثبت أبيحت الصلاة ، فيستصحب هذا الحكم حتى يثبت خلاف هذا الوصف وهو الحدث •

٣ ــ استصحاب مادل العقل والشرع على ثبوته واستمراره •

كالملك عند وجود سببه ، فإنه يثبت حتى يوجد ما يزيله •

وكشغل الذمة بدين ثبت بسبب قرض ، أو كان ثمن مبيع ، أو كان عن إتلاف أوجب ضماناً • ففي هذه الأحوال تشغل الذمة بالدين حتى يؤدى ، أو تكون البراءة منه ، أو تجري المقاصة •

ودوام الحل بسبب النكاح حتى يوجد مايزيله من نحو طلاق بائن •

٤ ــ استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع •

ومثاله : التيمم إذا رأى الماء بعد الشروع بالصلاة ؟ فالإجماع منعقد على صحة شروعه بالصلاة ، وأن صلاته صحيحة لو انتهت قبل رؤية الماء ، فيستصحب حكم الصحة المجمع عليه حال عدم رؤية الماء إلى حال ما بعد الرؤية المتنازع فيه •

٥ ـ استصحاب العموم إلى أن يرد دليل التخصيص ، واستصحاب النص حتى يرد النسخ (١) .

تحرير محل النزاع :

ذكر ابن القيم : أنه لاخلاف في وجوب العمل بالاستصحاب فيما دل العقل أو الشرع على ثبوته ـ وهو النوع الثالث ـ ، وكذلك لاخلاف في وجوب العمل به في النوع الثاني ، وهو استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه ، وإن تنازع الفقهاء في بعض أحكامه ، لتجاذب المسألة أصلين متعارضين .

وأما الخلاف فهو : في النوع الأول : وهو استصحاب البراءة الأصلية والعدم الأصلي . وهذا المعنى هو المراد غالباً عند إطلاق الاستدلال بالاستصحاب .

وكذلك في النوع الرابع : وهو استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع .

وذكر الجلال المحلي أنه لاخلاف في استصحاب العدم الأصلي ، وهو نفي ما نفاه العقل ولم يثبته الشرع ـ وهو النوع الأول ـ وإنما الخلاف في استصحاب مادل الشرع على ثبوته لوجود سببه، كثبوت الملك بالشراء ـ وهو النوع الثالث[٢] .

والذي يؤخذ من كلام الأصوليين ـ ويدل عليه الخلاف في الفروع ـ أن الخلاف يشمل جميع الأنواع ـ ماعدا النوع الخامس ـ غالباً أو في أكثر الأحيان .

حجية الاستصحاب لدى العلماء :

أ ـ مذاهب العلماء في حجيته :

١ ـ ذهب الأكثرون من أصحاب مالك والشافعي وأحمد وغيرهم : إلى أنه

---

(١) اعلام الموقعين : ١/٣٤١ ـ ٣٤٤ ، المستصفى : ١/١٢٨ ، شرح المحلي : ٢٨٤ روضة الناظر : ٨٠ .

(٢) المراجع السابقة ، وانظر كشف الاسرار : ٣/٣٧٧

حجة صالحة لإبقاء الأمر على ما كان عليه ، سواء كان الثابت به نفياً أصلياً ، أو حكماً شرعياً ، أي إنه حجة في النفي والإثبات [1] .

قال في المحصول : المختار عندنا أنه حجة ، وهو قول المزني والصيرفي . وكذلك هو قول الغزالي وابن سريج .

وذكر القرافي : أن الاستصحاب حجة عند مالك رحمه الله تعالى .

٢ ــ ذهب أكثر المتأخرين من الحنفية : إلى أنه حجة في النفي الأصلي ، دون إثبات الحكم الشرعي ، أي إنه حجة في الدفع لا في الإثبات ، فلا يصلح حجة لبقاء الأمر على ماكان ، بحيث تترتب آثار جديدة على اعتباره ، بل يدفع به دعوى تغيير الحال التي كانت ثابتة بحيث ترتب أحكام على ذلك أيضاً . وممن قال بهذا : القاضي الإمام أبو زيد ، والشيخان وصدر الإسلام أبو اليسر .

٣ ــ ذهب كثير من الحنفية وبعض أصحاب الشافعي وأبو الحسين البصري وجماعة من المتكلمين : إلى أنه ليس بحجة أصلاً ، لا لإثبات أمر لم يكن ، ولا لبقاء ما كان على ما كان [2] .

---

(١) يقول الشيخ محمد أبو زهرة : والحكم الذي يثبت باستمرار الحال أو ــ على التحقيق ــ يستمر باستمرار الحال له جانبان : جانب إيجابي مثبت ، وجانب سلبي مثبت ، ولعل أوضح مثل نقرر به هذين الجانبين : المفقود قبل الحكم بوفاته ، فإن الحال التي كانت ثابتة هي الحيـاة ، فيفرض استمرارها ، وتستمر معها الأحكام ، وهي ذات جانبين :

١ ــ اكتساب الحقوق التي تثبت للحي قبل غيره ، كميراثه من غيره ، وانتقال ملك الغير إليه بمثل الوصية والميراث ، فإن هذا جانب إيجابي يجلب حقوقاً جديدة .

٢ ــ ملكيته للأمور الثابتة ملكيتها قبل الفقد ، ومنع غيره منها ، لفرض استمرار حياته ، ويسمى ذلك الحق سلبياً ، لأن قصاراه منع الغير من امتلاكه ، وهذا جانب سلبي . ابن حنبل : ص ٢٩١

(٢) إعلام الموقعين : ٣٤١/١ ، كشف الأسرار : ٣٧٧/٣ وما بعدها . العضد على ابن الحاجب ٢٨٤/٢ ، الإحكام ١١١/٤ ، مالك : ٣٦١ ، أثر الاختلاف : ٤٤٠ .

استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع :

وهذا النوع أيضاً محل النزاع بين الفقهاء والأصوليين ، والخلاف فيه أشد من سابقه •

١ ــ فذهب فريق من العلماء ــ منهم المزني ، والصيرفي ، وابن شاقلا ، وابن حامد ، وأبو عبد الله الرازي ــ إلى أنه حجة • وذكر الزنجاني أنه مذهب الشافعي رحمه الله تعالى • قال في تخريج الفروع على الأصول : استصحاب الحال في الإجماع المتقدم بعد وقوع الخلاف حجة عند الشافعي رضي الله عنه •

ومن خلال النظر في الفروع وأدلتها نستطيع أن نقول : إن ظاهر مذهب مالك وأحمد رحمهما الله تعالى كمذهب الشافعي ، كما سنرى ذلك عند الكلام في أثر الاستصحاب •

٢ ــ وذهب فريق آخر ــ منهم الغزالي ، وأبو الطيب الطبري ، والقاضي أبو يعلى ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب ، وابن الزعفراني ــ إلى أنه ليس بحجة •

قال في المستصفى : لاحجة في استصحاب الإجماع في محل الخلاف ، خلافاً لبعض الفقهاء •

وهذا ما رجحه المحلي في شرحه على جمع الجوامع إذ قال : ولا يحتج باستصحاب حال الإجماع في محل الخلاف [1]•

هذا ما ذكرته كتب الأصول من مذاهب الأصوليين والفقهاء في حجية الاستصحاب •

ويرى الأستاذ أبو زهرة أن الأئمة الأربعة قد أخذوا بالاستصحاب على خلاف بينهم في مدى الأخذ به •

---

(١) إعلام الموقعين : ٣٤٣/١ ، المستصفى : ١٢٨/١ ، تخريج الفروع على الأصول : ٢١ ، الآيات البينات : ١٨٦/٢

قال في كتابه ابن حنبل تحت عنوان الاستصحاب : هذا أصل فقهي ، قد أجمع الأئمة الأربعة ومن تبعهم على الأخذ به ، ولكنهم اختلفوا في مقدار الأخذ ، فأقلهم أخذاً به الحنفية ، وأكثرهم أخذاً به الحنابلة ثم الشافعية ، وبين الفريقين المالكية ، ويظهر أن مقدار أخذ الأئمة بالاستصحاب كان تابعاً لمقدار الأدلة التي توسعوا فيها [1] .

ب ـ الأدلة :

احتج القائلون بالاستصحاب مطلقاً :

١ ـ بالكتاب :

قال الله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به » / الأنعام : ١٤٥ / . قالوا : هذا احتجاج بعدم الدليل .

٢ ـ بالسنة :

وهي : قوله عليه الصلاة والسلام : (إن الشيطان يأتي أحدكم فيقول : أحدثت أحدثت ، فلا ينصرفن حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً) [2]. حكم باستدامة الوضوء عند الاشتباه ، وهو عين الاستصحاب . وفي معناه ماروى مسلم عن أبي سعيد

---

(١) ابن حنبل : ٢٨٩ ، وذكر الدبوسي ــ في تأسيس النظر ــ قاعدة تفيد أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يأخذ باستصحاب ــ كالشافعي رحمه الله تعالى ــ قال : الأصل عند أبي حنيفة : انه متى عرف ثبوت الشيء من طريق الإحاطة والتيقن لأي معنى كان فهو على ذلك ، مالم يتقين بخلافه ، كمن تيقن الطهارة وشك في الحدث فهو على طهارته ، وكمن تيقن الحدث وشك في الطهارة فهو على الحدث مالم يتيقن الطهارة، وعند الإمام القرشي أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي رضي الله عنه وأرضاه كذلك، وعلى هذا مسائل . ثم ذكر مسائل ، كلها في معنى العمل بالاستصحاب . [تأسيس النظر : ١٠ ــ ١٣]

(٢) أخرجه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه مع اختلاف في بعض الألفاظ : ٣٩/١

الخدري رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال : (إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثاً أم أربعاً ؟ فليطرح الشك وليبن على ما استيقن) [1] •

٣ ــ بالإجمــاع :

أ ــ إن الإجماع منعقد على أن الإنسان لو شك في وجود الطهارة ابتداء لا تجوز له الصلاة ، ولو شك في بقائها جازت له الصلاة ، ولو لم يكن الأصل في كل متحققاً دوامه للزم إما جواز الصلاة في الصورة الأولى ، أو عدم الجواز في الصورة الثانية ، وهو خلاف الإجماع •

ب ــ إن الاجماع منعقد على أنه لو شك في حصول الزوجية ابتداء حرم عليه الاستمتاع ، ولو شك في حصول الطلاق مع سبق العقد جاز له الاستمتاع، وليس هناك من فرق بينهما إلا أن الأول قد استصحب فيه الحالة الموجودة قبل الشك ، وهي : عدم الزوجية وحصول العقد ، والثاني قد استصحب فيه الحالة الموجودة قبل الشك أيضاً ، وهي : العقد عليها ، فلو لم يعتبر الاستصحاب ، وكان غير مفيد لظن البقاء ، للزم استواء الحالين ، التحريم والجواز ، ولوجب أن يكون الحكم فيهما واحداً ، وهو حرمة الوطء أو إباحته ، وهو باطل اتفاقاً •

٣ ــ بالمعقــول :

أ ــ إن الحكم إذا ثبت بدليل ، ولم يثبت له معارض قطعاً ولا ظناً ، يبقى بذلك الدليل ، لأن ما تحقق وجوده أو عدمه في حال ، ولم يظن طرو معارض يزيله ، فإنه يلزم ظن بقائه • وهكذا نجد أن العقلاء وأهل العرف إذا تحققوا وجود شيء أو عدمه ــ وله أحكام خاصة به ــ فإنهم يسوغون القضاء والحكم بها في المستقبل من زمان ذلك الوجود أو العدم ، حتى إنهم يجيزون مراسلة من عرفوا وجوده قبل ذلك بمدد متطاولة ، وإنفاذ الودائع إليه ، ويشهدون في الحالة الراهنة بالدين على من أقر به

---

(١) اخرجه مسلم : ١/٤٠٠ (كتاب المساجد) وابو داود في سننه : ١/٢٣٥ ، ومالك في الموطأ (الزرقاني ١/٢٩٢) •

قبل تلك الحالة ، ولولا الظن أن الأصل بقاء ماكان على ما كان لما ساغ لهم ذلك ، ولكان ذلك كله سفهاً ، وإذا ثبت الظن فهو متبع شرعاً .

ب ــ الأحكام الشرعية التي وجدت في عهد الرسول ﷺ هي ثابتة في حقنا ، ونحن مكلفون بها ، وطريق إثباتها في حقنا إن هو إلا استمرار وبقاء ما كان على ما كان ، فلو كان الاستصحاب غير مفيد لظن البقاء لما ثبتت هذه الأحكام في حقنا ، لجواز أن تكون قد نسخت ، ولكان احتمال النسخ مساوياً لاحتمال البقاء ، ويكون ثبوتها ترجيحاً بلا مرجح .

جـ ــ إن ظن البقاء أغلب من ظن التغيير ، وذلك لأن الباقي لايتوقف على أكثر من وجود الزمان المستقبل ، ومقارنة ذلك الباقي له وجوداً كان أو عدماً .

وأما التغير : فمتوقف على هذين الأمرين ، وعلى أمر ثالث : وهو تبدل الوجود بالعدم أو العدم بالوجود ، ولا يخفى أن تحقق ما يتوقف على أمرين لاغير أغلب مما يتوقف على ذينك الأمرين وثالث غيرهما .

د ــ استدل صاحب الميزان بما يلي :

إن الحكم حين ثبت شرعاً فالظاهر دوامه لما تعلق به من المصالح الدينية والدنيوية ، ولا تتغير المصلحة في زمان قريب ، وإنما تحتمل التغير عند تقادم العهد ، فمتى طلب المجتهد الدليل المزيل ولم يظفر به فالظاهر عدمه ، وهذا نوع اجتهاد . وإذا كان البقاء ثابتاً بالاجتهاد ، لايترك باجتهاد مثله بلا ترجيح ، ويكون حجة على الخصم [1] .

هـ ــ قال الغزالي :

إعلم أن الاحكام السمعية لاتدرك بالعقل ، لكن دل العقل على براءة الذمة عن الواجبات ، وسقوط الحرج عن الخلق في الحركات والسكنات قبل بعثة الرسل عليهم

(١) كشف الأسرار : ٣/٣٧٩ ، العضد : ٢/٢٨٥ ، الإحكام : ٤/١١١ ــ ١١٢ ، الأسنوي : ٣/١٣١ ، إعلام الموقعين : ١/٣٤١ ، المحصول : ٣/٧٧٧ وما بعدها .

السلام وتأييدهم بالمعجزات ، وانتفاء الأحكام معلوم بدليل العقل قبل ورود السمع، ونحن على استصحاب ذلك إلى أن يرد السمع • ثم قال :

واتنفاء الدليل السمعي قد يعلم وقد يظن ، فإنا نعلم أنه لادليل على وجوب صوم شوال ، ولا على وجوب صلاة سادسة ، إذ نعلم أنه لو كان لنقل واتنشر ، ولما خفي على جميع الأمة ، وهذا علم بعدم الدليل وليس هو عدم العلم بالدليل ، فإن عدم العلم بالدليل ليس بحجة ، والعلم بعدم الدليل حجة [1] •

القائلون إنه حجة دافعة غير ملزمة :

متأخرو الحنفية قالوا :

إن الدليل الموجب والمثبت لحكم في الشرع لايوجب بقاءه ، لأن حكمه الإثبات، والبقاء غير الإثبات ، فلا يثبت به البقـاء ، كالإيجاد لا يوجب البقـاء ، لأن حكمه الوجود لاغير • يعني : لما كان الإيجاد علة للوجود لا للبقاء لم يثبت به البقاء ، حتى صح الإفناء بعد الإيجاد ، ولو كان الإيجاد موجباً للبقاء ــ كما كان موجباً للوجود ــ لما تصور الإفناء بعد الإيجاد ، لاستحالة الفناء مع المتبقي • ولما صح الإفناء ، علم أن الإيجاد لايوجب البقاء ، فكذا الحكم ، لما احتمل النسخ بعد الثبوت ، علم أن دليله لايوجب البقاء ، لاستحالة الجمع بين المزيل والمثبت •

وما قلنا من أن الدليل الموجب لشيء لايوجب بقاءه ثابت ، لأن البقـاء بمنزلة أعراض تحدث ، فلم يصلح أن يكون وجود شيء علة لوجود غيره من غير انضمام دليل آخر إليه ، فلا يصلح نفس وجود الحكم علة لبقائه ، فثبت أن الدليل الموجب للحكم لايوجب بقاءه ، فلا يكون البقاء ثابتاً بدليل ، بل بناء على عدم العلم بالدليل المزيل ، مع احتمال وجوده ، فلا يصلح حجة على الغير ، لكنه لما بذل الجهد في طلب المزيل ولم يظفر به جاز له العمل ، إذ ليس في وسعه وراء ذلك ، كما جاز له العمل بالتحري عند الاشتباه •

---

(١) المستصفى : ١/١٢٧ ــ ١٢٨ ، روضة الناظر : ٧٩ ــ ٨٠ .

ولما لم يحصل العلم بعدم المزيل لم يحصل العلم بالبقاء ، فكان البقاء ثابتاً لعدم العلم بالمزيل ، لا للعلم بعدم المزيل ، فلم يصلح حجة على الغير [1].

حجج النافين مطلقاً :

١ ـ الطهارة والحل والحرمة ونحوها أحكام شرعية لاتثبت إلا بدليل منصوب من قبل الشارع ، وأدلة الشرع منحصرة ـ في النص والإجماع والقياس ـ إجماعاً ، والاستصحاب ليس منها فلا يجوز الاستدلال به في الشرعيات .

٢ ـ لو كان الأصل البقاء ، لكانت بينة النفي أولى بالاعتبار من بينة الإثبات، لأن بينة النفي مؤيدة باستصحاب البراءة الأصلية ، فيكون الظن الحاصل بها أقوى . وهذا باطل ، لأن البينة لاتعتبر من النافي ، وهو المدعى عليه ، وتقبل من المثبت وهو المدعي إجماعاً .

٣ ـ القياس جائز ، وجوازه يستلزم انتفاء ظن بقاء الأصل ، لأن القياس رافع لحكم الأصل اتفاقاً ، بدليل أنه يثبت به أحكام لولاه لكانت باقية على نفيها . فلا يحصل الظن ببقاء حكم الأصل إلا عند انتفاء قياس يرفعه ، ولا سبيل إلى الحكم بذلك الانتفاء ، لعدم تناهي الأصول التي يمكن القياس عليها ، فمن أين للعقلاء الإحاطة بنفيها ؟.. فالحكم بانتفائه مع الجواز تحكم ، وعلى هذا ينتفي ظن بقاء حكم الأصل [2] .

٤ ـ إن ثبوت الحكم في الزمن الثاني لادليل يدل عليه ، فإن العقل لايدل على بقاء الحكم الشرعي بعد ثبوته ، وكذا دلائل الشرع ـ الكتاب والسنة والإجماع والقياس ـ لم يدل شيء منها على بقاء الحكم بعد الثبوت ، فكان العمل بالاستصحاب إثباتاً للحكم بلا دليل ، وهو باطل [3] .

---

(١) كشف الأسرار : ٣/٣٨٠ ـ ٣٨١

(٢) العضد : ٢/٢٨٥ ، الإحكام : ٤/١١٤

(٣) اثر الاختلاف : ٤٣٩ ، كشف الأسرار : ٣/٣٧٩

٥ ـ إن التمسك بالاستصحاب يؤدي إلى التعارض في الأدلة : فإن من استصحب حكماً من صحة فعل له وسقوط فرض ، كان لخصمه أن يستصحب خلافه في مقابلته ، كما لو قيل : إن المتيمم إذا رأى الماء قبل صلاته وجب عليه الوضوء ، فكذلك إذا رآه بعد دخوله في الصلاة ، باستصحاب ذلك الوجوب ، إذا قيل هذا أمكن أن يعارض : بأن الإجماع قد انعقد على صحة شروعه في الصلاة وانعقاد الإحرام ، وقد وقع الاشتباه في بقائه بعد رؤية الماء في الصلاة ، فيحكم ببقائه بطريق الاستصحاب ، ولا شك أن هذا تعارض ، وما أدى إلى مثله كان باطلاً [1] .

٦ ـ إن مذهب الشافعي أنه : لايجزيء عتق العبد الذي انقطع خبره عن الكفارة ، ولو كان الأصل بقاءه لأجزأ [2] .

٧ ـ إن حاصل الاستدلال بعدم الدليل آيل إلى الجهل بالدليل ، إذ لاسبيل لأحد من البشر على حصر الدلائل أجمع ، بل يجوز أن يعلم إنسان دليلاً يجهله غيره ، لتفاوت الناس في العلم ، فكان المتعلق بعدم الدليل متعلقاً بالجهل ، والجهل لايكون حجة على أحد ، بل يكون عذراً له في الامتناع عن الحكم [3] .

وعمدة القائلين باستصحاب حكم الإجماع في محل النزاع :

أن تبدل حال المجمع على حكمه أولا كتبدل زمانه ومكانه وشخصه ، وتبدل هذه الأمور وتغيرها لايمنع استصحاب ما ثبت له قبل التبدل ، فكذلك تبدل وصفه وحاله لايمنع الاستصحاب ، حتى يقوم الدليل على أن الشارع جعل ذلك الوصف ناقلاً للحكم مثبتاً لضده ، كما جعل الدباغ ناقلاً لحكم نجاسة الجلد ، وحينئذ لايبقى التمسك بالاستصحاب صحيحاً ، وأما مجرد النزاع فإنه لايوجب سقوط استصحاب حكم الإجماع ، لأنه لايرفع ما ثبت من الحكم ، فلا يمكن المعترض رفعه

---

(١) كشف الأسرار : ٣/٣٧٩ ـ ٣٨٠ .

(٢) الإحكام : ٤/١١٤

(٣) تخريج الفروع على الأصول : ٧٩

إلا أن يقيم الدليل على أن ذلك الوصف الحادث جعله الشارع دليلاً على نقل الحكم ، وحينئذ يكون معارضاً في الدليل ، لاقادحاً في الاستصحاب [1] .

وعمدة القائلين إنه ليس بحجة :

أن الإجماع كان على الصفة التي كانت قبل محل النزاع ، فأما بعد فلا إجماع لأنه قد وجد الخلاف ، ولا إجماع مع الخلاف ، لأن الخلاف يضاد الإجماع ، فليس هناك إذن ما يستصحب ، لأن الاستصحاب يكون لأمر ثابت فيستصحب ثبوته ، أو منتف فيستصحب نفيه ، فلا يكون الإجماع حجة في الموضوع الذي لا إجماع فيه[2] .

هذه هي حصيلة ما ذكره كل من المثبتين للاستصحاب والنافين له والمخصصين، على أن هناك أدلة أخرى لم أذكرها لأن فيما ذكر غنى عنها . والذي يترجح عندي ــ والله أعلم ــ مذهب القائلين بالاستصحاب مطلقاً في النفي والإثبات ، إذ إنه ــ كما يبدو ــ أظهر حجة وأقوى دليلاً وأسد نظراً ، وهو ــ كما قال الرازي ــ لابد منه في الدين والشرع والعرف .

فلا معنى للمعجزات إلا باستصحاب الحال للعادات التي تأتي المعجزة بخرقها ، ولا معنى للمعاملات والصلات بين الناس إلا على أساس استصحاب الأحوال التي كانت المفارقة عليها . وأخيراً فلا معنى للتعبد بالشرع ، ولا يمكن العمل به ، إلا إذا علمنا ــ وغلب على الظن ــ أنه لم يطرأ على ما تعبدنا به نسخ أو رفع ، وهذا هو الاستصحاب ، والأمة متفقة ــ على كثرة اختلاف الفقهاء ــ على أنه متى تيقنا حصول شيء وشككنا في حدوث المزيل بالتيقن ، وهذا عين الاستصحاب [3] .

* * *

---

(١) إعلام الموقعين : ٣٤٣/١

(٢) المرجع السابق ، تخريج الفروع على الأصول : ٢١ ، المستصفى : ١٢٨/١ ــ ١٢٩

(٣) المحصول : ٧٧٧/٢

الفصل الثاني

أثر الاستصحاب

وفيه المسائل التالية :

١ ـ الوضوء مما يخرج من البدن من غير السبيلين

٢ ـ حكم التيمم إذا وجد الماء بعد الشروع بالصلاة

٣ ـ الجمع بأذان وإقامتين في عرفة

٤ ـ وجود الهدي بعد الشروع بالصوم في التمتع

٥ ـ الهدي على المحصر بعدو

٦ ـ الشفعة للجار والشريك المقاسم

٧ ـ الصلح على الإنكار

٨ ـ الطلاق الواقع بالإيلاء

٩ ـ ميراث المفقود

١٠ ـ دعوى انه على دين قريبه المتوفى عند موته

١١ ـ وجوب الدية في الشعور

١٢ ـ ادعيا عيناً في يد ثالث

١٣ ـ القضاء بالنكول

١٤ ـ أكل الكلب المعلم من الصيد

لقد كان للخلاف في اعتبار الاستصحاب حجة في الدفع والإثبات ، أو اعتباره حجة في الدفع فقط ، أو عدم اعتباره مطلقاً ، أثر في الاختلاف في عدد من الفروع الفقهية بين المذاهب .

على أننا قد نجد في بعض الفروع اختلافاً بين المذاهب القائلة بالاحتجاج بالاستصحاب، فنجد أن بعضهم قد احتج به بينما خالفه بعض آخر فلم يعتبره، وذلك لدليل آخر — أقوى منه — قد ثبت عنده ، أو لأن الاستصحاب يكون حجة حيث لادليل على خلافه ، فإذا قام الدليل على خلافه — حتى عند القائلين بالاستصحاب — فيعمل بالدليل .

كما أننا قد نجد أحياناً اتفاقاً في الحكم ، بينما نجد اختلافاً في الاستدلال ، فمنهم من تكون حجته الاستصحاب ، ومنهم من تكون حجته غيره . وذلك أيضاً يرجع إلى تقديم الدليل الأقوى الثابت عندكل منهم ، والاكتفاء بذكره عما هو دونه.

وعلى كل حال فقد وجدت فروع كثيرة اعتمد فيها — إمام أو أكثر — على القول بالاستصحاب ، وكان في هذه الفروع اختلاف بين الأئمة والفقهاء .

ولقد ذكرت في صدر هذا الفصل عناوين عدد من هذه الفروع المختلف فيها ، وسأعرض — إن شاء الله تعالى — في هذا الفصل أقوال الأئمة فيها ، مع ذكر أدلتهم عليها .

المسألة الأولى : الوضوء مما يخرج من البدن من غير السبيلين :

اختلف الأئمة فيما يخرج من البدن من النجاسات من غير السبيلين ، هل ينقض الوضوء أو لا ؟

١ — ذهب الشافعي ومالك رحمهما الله تعالى إلى : أنه لاينتقض الوضوء بشيء يخرج من غير السبيلين ، قل ذلك أو كثر .

قال النووي في المجموع [٢/٥٨] : ومذهبنا أنه لاينتقض الوضوء بخروج شيء من غير السبيلين : كدم الفصد والحجامة ، والقيء ، والرعاف ، سواء قل ذلك أو كثر •

وجاء في الموطأ [١/٢٢] : أنه لايتوضأ من رعاف ولا من دم ولا من قيح يسيل من الجسد •

وجاء فيه أيضاً [١/٢٥] : وسئل مالك : هل في القيء وضوء ؟ قال : لا ، ولكن ليتمضمض من ذلك وليغسل فاه ، وليس عليه وضوء •

٢ ــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى : أن مايخرج من البدن من النجاسات ينقض الوضوء ، وإن كان خروجه من غير السبيلين • وإنما ينقض الخارج عندهم إذا جاوز مكانه ، والقيء إذا كان ملء الفم •

قال في بداية المبتدي [١/٢٤ ــ ٢٦] : المعاني الناقضة للوضوء كل مايخرج من السبيلين ، والدم والقيح إذا خرجا من البدن فتجاوز إلى موضع يلحقه حكم التطهير ، والقيء ملء الفم •

٣ ــ وذهب أحمد رحمه الله تعالى إلى : أنه ينتقض الوضوء بالكثير منه دون القليل [1] •

قال الخرقي : والقيء الفاحش والدم الفاحش والدود الفاحش ، يخرج من الجروح •

قال ابن قدامة: وجملته أن الخارج من البدن من غير السبيل ينقسم قسمين :

طاهراً ، ونجساً ، فالطاهر لاينقض الوضوء على حال ما ، والنجس ينقض الوضوء في الجملة رواية واحدة • وقال : وإنما ينتقض الوضوء بالكثير من ذلك دون اليسير • [المغني : ١/١٣٥ ــ ١٣٦]

---

(١) ولمعرفة حد القليل والكثير عنده انظر المغني : ١/١٣٧

الأدلـة :

١ ــ حجة الشافعي رحمه الله تعالى الاستصحاب ، وذلك أن الأصـل عدم النقض ، فيستصحب هذا الأصل حتى يثبت الدليل بخلافه ، ولم يثبت ، فيبقى على الأصل من عدم النقض ، وكذلك قبل الخروج غير ناقض بالإجماع ، فيستصحب هذا الحكم بعد الخروج •

قال النووي رحمه الله تعالى في المجموع [٢/٥٩] بعد ذكره أدلة متعددة وبيانه لضعفها : وأحسن ما أعتقده في المسألة أن الأصل أن لانقض حتى يثبت بالشرع ، ولم يثبت ، والقياس ممتنع في هذا الباب ، لأن علة النقض غير معقولة • اهـ • ثم ناقش أدلة المخالفين •

وقال المحلي في شرحه على جمع الجوامع [٢/٣٥٠] : الخارج النجس من غير السبيلين لاينقض الوضوء عندنا ، استصحاباً لما قبل الخروج من بقائه المجمع عليه •

٢ ــ وأما مالك رحمه الله تعالى فالظاهر أن حجته في ذلك عمل أهل المدينة • قال في الموطأ [١/٢٢] : الأمر عندنا : أنه لايتوضأ من رعاف ، ولا من دم ، ولا من قيح يسيل من الجسد ، ولا يتوضأ إلا من حدث يخرج من ذكر أو دبر أو نوم •

ويحتمل أن يكون من حجته أيضاً الاستصحاب ، لأنه من القائلين به •

٣ ــ واحتج أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى بأحاديث ، منها :

ــ قوله ﷺ : (الوضوء من كل دم سائل) [١] •

ــ وقوله ﷺ : (من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف ، وليتوضأ وليبن على صلاته مالم يتكلم) [٢] •

---

(١) اخرجه الدارقطني من حديث تميم الداري وفي سنده مجهولان [١/١٥٧] ، وانظر نصب الراية [١/٣٧] .

(٢) اخرجه ابن ماجه في سننه عن عائشة رضي الله عنها بشيء من الاختلاف في الفاظه [١/٣٨٥] .

وحجتهم في اشتراط السيلان وتجاوز المكان : أن الخروج إنما يتحقق بالسيلان إلى موضع يلحقه حكم التطهير ، لأن بزوال القشرة تظهر النجاسة في محلها ، فتكون بادية لاخارجة ، وأيدوا ذلك بقوله ﷺ : (ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء إلا أن يكون سائلا) [1] • [الهداية وشروحها : ١/٢٧ ــ ٢٩]

٤ ــ وحجة أحمد رحمه الله تعالى :

أ ــ السنة : ما روى معدان بن طلحة عن أبي الدرداء رضي الله عنه : أن النبي ﷺ قاء فتوضأ • قال معدان : فلقيت ثوبان في مسجد دمشق ، فذكرت له ذلك ، فقال ثوبان : صدق ، أنا صببت له وضوءه • أخرجه الترمذي [١/٥٨] وقال : هذا أصح شيء في هذا الباب • وقال : ابن أبي طلحة أصح •

وكذلك ما رواه الخلال بإسناده عن ابن جريج عن أبيه قال : قال : رسول الله ﷺ : (إذا قلس [2] أحدكم فليتوضأ) • قال ابن جريج : وحدثني ابن أبي مليكة عن عائشة عن النبي ﷺ ، مثل ذلك [3] •

ب ــ عمل الصحابي : قال ابن قدامة : روي ذلك عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ، ولم نعرف لهم مخالفاً في عصرهم ، فكان إجماعاً •

وأما حجتهم في أن الذي ينقض الكثير دون القليل أن ذلك هو المشهور عن الصحابة ، ولم يعرف لهم مخالف •

قال ابن قدامة : قال أبو عبد الله : عدة من الصحابة تكلموا فيه : فأبو هريرة كان يدخل أصابعه في أنفه ، وابن عمر عصر بثرةً ، وابن أبي أوفى عصر دملاً ، وابن

---

(١) أخرجه الدارقطني عن ابي هريرة رضي الله عنه ، وفي سنده ثلاثة قال عنهم ضعفاء [١/١٥٧] .

(٢) قلس : خرج من بطنه طعام او شراب إلى الفم ، سواء القاه او اعاده إلى بطنه ، ملء الفم كان او دونه ، فإذا غلب فهو القيء . والظاهر انه هو المراد هنا (المصباح المنير) .

(٣) اخرجه الدارقطني بروايات عدة مع اختلاف في بعض الالفاظ (١/١٥٣) .

عباس قال : إذا كان فاحشاً ، وجابر أدخل أصابعه في أنفه ، وابن المسيب أدخل أصابعه العشرة أنفه وأخرجها متلطخة بالدم ، يعني وهو في الصلاة •

وأيدوا ذلك بما رواه الدار قطني بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال : (ليس الوضوء من القطرة والقطرتين) (١) •

المسألة الثانية : حكم التيمم إذا وجد الماء اثناء الصلاة :

اتفق الأئمة على أن المتيمم : إذا وجد الماء قبل الصلاة بطل تيممه ، ووجب عليه استعمال الماء ، كما أنهم اتفقوا على أنه إذا لم يجد الماء قبل الصلاة جاز له الدخول في الصلاة ، وكانت صلاته صحيحة ، إذا أتمها ولم يجد الماء خلالها •

واختلفوا فيما : إذا افتتح الصلاة بالتيمم ، ثم وجد الماء خلال الصلاة ، هل يبطل تيممه ، وبالتالي تبطل صلاته ويجب عليه أن يستعمل الماء ويستأنف الصلاة ؟ أو أنه لايبطل تيممه ، بل يستمر في صلاته وتكون صحيحة ؟

١ ـ ذهب الشافعي ومالك رحمهما الله تعالى إلى أنه لايبطل تيممه ، وصلاته صحيحة ، وليس عليه أن يقطعها بل يتمها بتيممه (٢) •

قال في الأم [٤١/١] : وإذا تيمم فدخل في المكتوبة ، ثم رأى الماء ، لم يكن عليه أن يقطع الصلاة ، وكان له أن يتمها ، فإذا أتمها توضأ لصلاة غيرها •

وجاء في الموطأ [٥٥/١] : قال مالك : في رجل تيمم حين لم يجد ماء ، فقام

---

(١) المغني : ١٣٦/١ ، وانظر البخاري : ٥٣/١ ، وانظر تخريج الحديث ص١٧٤ حاشية ٣

(٢) هـذا الحكم عند الشافعي فيما إذا كانت الصلاة تسقط بالتيمم . قال في المجموع [٣٤٢/٢] : امـا إذا رأى الماء في أثنـاء الصلاة بالتيمم من لا إعادة عليه ، كالمسافر سفراً طويلاً أو قصيراً على المذهب ، أو المقيم في موضع يعدم فيه الماء غالباً ، فالصحيح المشهور الذي نص عليه الشافعي رحمه الله ، وقطع به العراقيون وبعض الخراسانيين : أنه لاتبطل صلاته •

وكبر ودخل في الصلاة ، فطلع عليه إنسان معه ماء ؟ قال : لايقطع صلاته ، بل يتمها بالتيمم ، وليتوضأ لما يستقبل من الصلوات .

٢ ــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى : أنه ينتقض تيممه ، وتبطل صلاته ، ويجب عليه استعمال الماء واستئناف الصلاة [1] .

قال في الدر المختار ــ في الكلام عن نواقض التيمم ــ : وقدرة ماء ولو إباحة في صلاة .

قال ابن عابدين : أي ولو كانت القدرة ــ أو الإباحة ــ في صلاة ، ينتقض التيمم وتبطل الصلاة التي هو فيها . [حاشية ابن عابدين : ١/٢٥٥]

٣ ــ وذهب أحمد رحمه الله تعالى إلى : مثل ما ذهب إليه أبو حنيفة في المشهور من مذهبه ، وعنه رواية أخرى مثل قول الشافعي ومالك .

قال ابن قدامة : المشهور في المذهب أن المتيمم إذا قدر على استعمال الماء بطل تيممه ، سواء كان في الصلاة أو خارجاً منها ، فإن كان في الصلاة بطلت لبطلان طهارته ، ويلزمه استعمال الماء ، فيتوضأ إن كان محدثاً ، ويغتسل إن كان جنباً .

وقال : قال المروزي : قال أحمد : كنت أقول يمضي ، ثم تدبرت فإذا أكثر الأحاديث على أنه يخرج . قال ابن قدامة : وهذا يدل على رجوعه عن هذه الرواية . [المغني : ١/١٩٧]

الأدلة :

١ ــ حجة القائلين بعدم انتقاض تيممه ، وأن صلاته صحيحة : أنه شرع بصلاته ــ وصلاته صحيحة بتيممه ــ فتستصحب هذه الصحة حتى آخر صلاته ، وما جاز له أول الصلاة جاز له آخرها . وربما دعموا قولهم هذا بأن القول ببطلان صلاته فيه إبطال لعمله ، والله تعالى يقول : « ولا تبطلوا أعمالكم » / محمد : ٣٣ / .

---

(١) هذا على خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فيما إذا رآه أول صلاته أو آخرها. انظر تأسيس النظر : ص ٦

قال في الشرح الكبير [١/١٥٩] : لا إن وجده ــ أي المـاء ــ بعد الدخول فيها ، فلا يبطل ، بل يجب استمراره فيها ولو اتسع الوقت ، لدخوله بوجه جائز •

وقال الشافعي : فإن قال قائل : ما الفرق بين أن يرى المـاء قبل أن يدخل في الصلاة ، ولا يكون له الدخول فيها حتى يطلبه ، فإن لم يجده استأنف نية وتيمما ، وبين دخوله في الصلاة فيرى الماء جارياً إلى جنبه ؟ وأنت تقـول : إذا أعتقت الأمة ــ وقد صلت ركعة ــ تقنعت فيما بقي من صلاتها ، لايجزيها غير ذلك ؟ قيل له ــ إن شاء الله تعالى ــ إني آمر الأمة بالقناع فيما بقي من صلاتها ، والمريض بالقيام ــ إذا أطاقه ــ فيما بقي من صلاته ، لأنهما في صلاتهما بعد ، وحكمهما في حالهما فيما بقي من صلاتهما أن تقنع هذه حرة ، ويقوم هذا مطيقاً ، ولا أنقض عليهما فيما مضى من صلاتهما شيئاً ، لأن حالهما الأولى غير حالهما الأخرى •

قال : والوضوء والتيمم عملان غير الصلاة ، فإذا كانا مضيا ــ وهما يجزيان ــ حل للداخل الصلاة وكانا منقضيين مفروغاً منهما ، وكان الداخل مطيعاً بدخوله في الصلاة ، وكان ما صلى منها مكتوباً له ، فلم يجز أن يحبط عمله عنه ما كان مكتوباً له فيستأنف وضوءاً ، وإنما أحبط الله الأعمال بالشرك به ، فلم يجز أن يقال له : توضأ وابن على صلاتك ، فإن حدثت حالة لايجوز فيهـا ابتداء التيمم ، وقد تيمم فانقضى تيممه وصار إلى صلاة ، والصلاة غير التيمم ، فانفصل لصلاة بعمل غيرها ، وقد انقضى وهو يجزي أن يدخل به في الصلاة ، لم يكن للمتيمم حكم إلا أن يدخل في الصلاة ، فلما دخل فيها به كان حكمه منقضيا ، والذي يحل له أول الصلاة يحل له آخرها • [الأم : ١/٤١ ، وانظر مغني المحتاج : ١/١٠٢]

واعتبر الزنجاني أن القول في هذه المسألة مبني على القول باستصحاب حكم الإجماع قبل ورود الخلاف ، فإنه قال في تخريج الفروع على الأصول [٢١] بعد ذكره الخلاف في المسألة : ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

منها : أن المتيمم إذا رأى المـاء في أثناء صلاته : لاتبطل صلاته عند الشافعي

رضي الله عنه ، لأن الإجماع قد انعقد على صلاته [1] حالة الشروع ، والدليل الدال على صحة الشروع دال على دوامه إلا أن يقوم دليل الانقطاع •

٢ ــ وأما القائلون ببطلان تيممه وصلاته ، ووجوب استعمال الماء واستئناف الصلاة ، فحجتهم في ذلك : قوله ﷺ : (الصعيد الطيب وضوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين ، فإذا وجدت الماء فأمسه جلدك) [2] •

قالوا : دل بمفهومه على أنه لايكون التراب طهوراً عند وجود الماء ، وبمنطوقه على وجوب إمساسه الجلد عند وجوده •

وقالوا أيضاً : في إطلاقه دلالة على نفي تخصيص الناقضية بالوجدان خارج الصلاة • ودعموا قولهم هذا بأن التيمم طهارة ضرورة ، فبطلت بزوال الضرورة ، كطهارة المستحاضة إذا انقطع دمها • [المغني : ١٩٨/١ ، فتح القدير : ٩٢/١]

المسألة الثالثة : الجمع بين الظهر والعصر في عرفة بأذان وإقامتين :

اتفق العلماء على أن السنة : الجمع بين الظهر والعصر في عرفة أول وقت الظهر، واختلفوا : هل يجمع بينهما بأذان واحد وإقامتين ، أو بأذانين وإقامتين ؟

١ ــ ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : أنه يؤذن لكل من الظهر والعصر كما يقيم لكل منهما •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٣٣٦/١] : قال مالك : يجمع بينهما بأذانين وإقامتين •

٢ ــ وذهب الأئمة الثلاثة ــ الشافعي وأحمد وأبو حنيفة ــ رحمهم الله تعالى إلى : أنه يجمع بينهما بأذان واحد وإقامتين •

---

(١) على صلاته : اي على صحة صلاته .

(٢) الصعيد : التراب . الطيب : الطاهر . وضوء : هو بفتح الواو ما يتوضأ به ، وبضمها الفعل] .

قال النووي : مذهبنا أنه يؤذن للظهر ولا يؤذن للعصر إذا جمعهما في وقت الظهر عند عرفات • [المجموع : ١٠١/٨]

وقال الخرقي : فإذا طلعت الشمس دفع إلى عرفه فأقام بها حتى يصلي الظهر والعصر بإقامة لكل صلاة ، وإن أذن فلابأس • [المغني : ٣٦٥/٣]

وقال في بداية المبتدي : ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر بأذان وإقامتين • [الهداية وشروحها : ١٦٣/٢]

الأدلـة :

١ ــ حجة مالك رحمه الله تعالى : أن الأصل هو أن تفرد كل صـلاة بأذان وإقامة ، فيستصحب هذا الأصل حتى يقوم الدليل على خلافه ، والظاهر أنه لـم يثبت عند مالك شيء من السنة يدل على أن الصلاتين ــ إذا جمع بينهما في وقت الأولى ــ اكتفي بأذان واحد للأولى منهما • ولذلك قال يجمع بين الظهر والعصر في عرفات بأذان وإقامة لكل منهما • [بداية المجتهد : ٣٣٦/١]

٢ ــ وحجة الأئمة الثلاثة ــ في أنه يؤذن للأولى فقط ، ثم يقام لكل منهمـا ولا يؤذن للثانية ــ حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه في حجة الإسلام ، قال : فراح النبي ﷺ إلى الموقف بعرفة ، فخطب الناس الخطبة الأولى ، ثم أذن بلال ، ثم أخذ النبي ﷺ في الخطبة الثانية ، ففرغ النبي ﷺ من الخطبة وبلال من الأذان ، ثم أقام بلال وصلى الظهر ، ثم أقام وصلى العصر • [أخرجه أبـو داود في سننه ٤٤٢/١]

قال الشافعي في الأم بعد ذكره هذا الحديث : وفيه دلالة على أن كل من جمع بين صلاتين في وقت الأولى منهما أقام لكل واحدة منهما ، وأذن للأولى ، وفي الآخرة يقيم بلا أذان •

وقال ابن قدامة : وقوله ــ أي الخرقي ــ وإن أذن فلابأس ، كأنه ذهب إلى أنه مخير بين أن يؤذن للأولى أو لايؤذن ، وكذا قال أحمد ، لأن كلا مروي عـن رسول الله ﷺ ، والأذان أولى ، قال : واتباع ما جاء في السنة أولى ، وهو مـع

ذلك موافق للقياس ، كما في سائر المجموعات والفوائت • هـ • ذكر ذلك بعد الإشارة إلى حديث جابر رضي الله عنه •

وأيد الحنفية استدلالهم بالحديث : أن العصر يؤدي قبل وقته المعهود ، فيفرد بالإقامة إعلاماً للناس • [انظر المراجع المذكورة لدى ذكر أقوال المذاهب ونصوصها]

المسألة الرابعة : قدر المتمتع على الهدي بعد الشروع بالصوم(١) :

اتفق الأئمة على أن المتمتع بالحج يجب عليه هدي ، فإن لم يجد الهدي وجب عليه الصوم ، وذلك لقوله تعالى : « فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم تلك عشرة كاملة » • [البقرة : ١٩٦]

واختلفوا فيما إذا شرع بالصوم ــ لفقد الهدي ــ ثم وجده ، هل يجب عليه الخروج من الصوم إلى الهدي ، أو أنه يجزيه الصوم ولا يلزمه الهدي ؟

١ ــ ذهب الأئمة الثلاثة ــ مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أنه إذا شرع بالصوم انتقل الواجب عليه من الهدي إلى الصوم ، فإذا وجد الهدي لم يلزمه الخروج من الصوم •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١/٣٥٦] : قال مالك : إذا شرع في الصوم فقد انتقل واجبه إلى الصوم ، وإن وجد الهدي في أثناء الصوم •

وقال النووي [المجموع : ٧/١٨٦] : قال الشافعي والأصحاب : إذا شرع في صوم التمتع الثلاثة أو السبعة ، ثم وجد الهدي ، لم يلزمه ، لكن يستحب أن يهدي •

وقال الخرقي : ومن دخل في الصيام ، ثم قدر على الهدي ، لم يكن عليه الخروج من الصوم إلى الهدي إلا أن يشاء • [المغني : ٣/٤٢٠]

---

(١) المتمتع : هو الذي يحرم بعمرة في أشهر الحج ويتحلل منها ، ثم يحرم بالحج من مكة دون أن يخرج إلى الميقات . والهدي : ما يذبح في الحرم من المواشي .

٢ ــ وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى : أنه إذا وجد الهدي أثناء صوم الأيام الثلاثة ، أو بعدها ، قبل يوم النحر ، وجب عليه الخروج من الصوم إلى الهدي •

قال في فتح القدير [٢/٢٠٧ ــ ٢٠٨] : فإن قدر على الهدي في خلال الثلاثة ، أو بعدها قبل يوم النحر ، لزمه الهدي وسقط الصوم •

الأدلـة :

١ ــ الظاهر أن حجة القائلين بأنه ينتقل الواجب إلى الصوم بالشروع بـه الاستصحاب ، وذلك أن هذه المسألة نظير المسألة قبلها (وهي إذا رأى المتيمم الماء بعد الشروع بالصلاة) وقد تبين هناك أن حجة القائلين بصحة الصلاة وعدم انتقاض الوضوء الاستصحاب •

قال ابن رشد : هذه المسألة نظير مسألة طلع عليه الماء في الصلاة وهو متيمم • [بداية المجتهد : ١/٣٥٦]

وقال النووي [المجموع : ٧/١٨٦] : والخلاف شبيه بالخلاف بين الشافعي وبينهما ــ أبي حنيفة والمزني ــ في رؤية المسافر الماء في أثناء صلاته بالتيمم •

ووجه الاستصحاب في هذه المسألة : أنه حين شرع بالصوم كان هو الواجب في حقه ، وكان مجزئاً عنه ، فيستصحب هذا الحكم حتى إتمامه ، ولا يلزم الخروج منه •

قال في المغني [٣/٤٢٠] : ولنا أنه صوم دخل فيه لعدم الهدي لم يلزمـه الخروج إليه ، كصوم السبعة •

٢ ــ وحجة الحنفية أن الصوم خلف عن الهدي ، وإذا قدر على الأصل ــ قبل تأدي الحكم بالخلف ــ بطل الخلف • والمقصود هو التحلل ، فإذا قدر على الهدي قبله وجب الانتقال إليه ، وإذا لم يقدر حتى تحلل فقد حصل المقصود بالخلف • [فتح القدير : ٢/٢٠٧ ــ ٢٠٨]

المسألة الخامسه : الهدي على المحصر بعدو :

اختلف الأئمة في : وجوب الهدي على من أحصر بعدو ، مع اتفاقهم على أنه يحل من عمرته ، أو حجه حيث أحصر •

١ ــ ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : أنه لا يجب عليه هدي •

قال في بداية المجتهد [١/٣٤٣] : ذهب مالك إلى أنه لا يجب عليه هدي ، وأنه إن كان معه هدي نحره حيث حل[1] •

٢ ــ وذهب الأئمة الثلاثة : الشافعي وأحمد وأبو حنيفة ــ رحمهم الله تعالى ــ إلى : أنه يجب عليه الهدي •

قال في الأم [٢/١٣٥ ــ ١٣٧] : من أحصر بعدو حل حيث يحبس ، في حل كان أو حرم ، ونحر أو ذبح هديا ، وأقل ما يذبح شاة •

وقال : وعليه الهدي لإحصاره ، سوى ما وجب قبل أن يحصر مـن هدي وجب عليه بكل حال •

وقال : في المحصر بعدو يسوق هديا واجبا ، أو هدي تطوع ، ينحر كـل واحد منهما حيث أحصر ، ولا يجزي واحد منهما عنه من هدي الإحصار •

وقال في المغني [٣/٣٢٦] : وعلى من تحلل بالإحصار الهدي في قول أكثر أهل العلم •

وقال في الهداية [٢/٢٩٥] : وإذا أحصر المحرم بعدو ، أو أصابه مـرض فمنعه من المضي ، جاز له التحلل ، وإذا جاز له التحلل يقال له : ابعث شاة تذبح في الحرم ، وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ، ثم تحلل •

الأدلـة :

١ ــ حجة مالك رحمه الله تعالى في عدم وجوب الهدي عليه الاستصحاب • وذلك أن الأصل عدم الوجوب حتى يثبت بدليل ، ولا دليل •

---

(١) وانظر الزرقاني على الموطأ : ٣/١١٠ ــ ١١٧ .

قال في بداية المجتهد [١/٣٤٤] : وحجة هؤلاء ــ أي القائلين بعدم الوجوب ــ أن الأصل هو أن لا هدي عليه إلا أن يقوم الدليل عليه[١] •

٢ ــ وأما الذين قالوا بوجوب الهدي عليه : فحجتهم في ذلك قوله تعالى : « فإن أحصرتم فما استيسر من الهدي » [البقرة : ١٩٦] • فهي نص في وجوب الهدي على المحصر • قالوا : وهي واردة في المحصر بعدو ، أو هي عامة في المحصر بعدو وغيره : كما قال الحنفية • قال ابن قدامة : قال الشافعي : لا خلاف بين أهل التفسير أن هذه الآية نزلت في حصر الحديبية •

وقال في الأم : فلم أسمع ممن حفظت عنه من أهل العلم بالتفسير مخالفا في أن هذه الآية نزلت بالحديبية ، حين أحصر النبي ﷺ ، فحال المشركون بينه وبين البيت ، وأن رسول الله ﷺ نحر بالحديبية وحلق ، ورجع حلالا ، ولم يصل إلى البيت ، ولا أصحابه إلا عثمان بن عفان وحده [٢] •

المسالة السادسة : الشفعة للجار والشريك المقاسم :

اتفق الأئمة على أن الشفعة تثبت للشريك الـذي لم يقاسم ، واختلفوا في ثبوتها للشريك المقاسم ، والجار ؟ •

١ ــ ذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أنه لا شفعة لهما • قال في الشرح الكبير [٣/٤٧٤] : وجار لا شفعة له ، وإن ملك تطرقا ــ أي انتفاعا ــ بطريق الدار التي بيعت •

وقال في مغني المحتاج [٢/٢٩٧] : ولا شفعة إلا لشريك في رقبة العقار ، فلا تثبت للجار •

وقال في المغني [٥/٢٣٠] : لا تثبت الشفعة إلا بشروط أربعة :

أحدها : أن يكون الملك مشاعا غير مقسوم ، فأما الجار فلا شفعة له •

---

(١) وانظر الزرقاني على الموطأ : ٣/١١٠ ــ ١١٧ •

(٢) المراجع السابقة ، وانظر تفسير الطبري : ٤/٢١ وما بعدها •

٢ ـ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أن الشفعة تثبت للشريك المقاسم إذا لم يوجد الخليط ، فإذا لم يوجد المقاسم ثبتت للجار •

قال في بداية المبتدي [٤٠٧/٧] : الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ، ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ، ثم للجار •

الأدلـة :

١ ـ اما الحنفية القائلون بثبوتها للمقاسم والجار فحجتهم في ذلك :

آ ـ النقل :

ـ قوله ﷺ : (الشفعة لشريك لم يقاسم) (١) •

قالوا : معنى الحديث : تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة ، أما إذا باع بعدها ـ ولم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ، ولا في نفس الدار ـ فحينئذ لا شفعة ، ومفهومه أنه إذا بقي له حق في المدخل ثبتت له الشفعة •

ـ قوله ﷺ : (جار الدار أحق بالدار والأرض ، ينتظر له وإن كان غائبا ، إذا كان طريقهما واحداً) (٢) والمراد بالجار الشريك في حق الدار ، بدليل قوله : إن كان طريقهما واحدا •

---

(١) قال الزيلعي : غريب ، واخرجه مسلم عن عبد الله بن إدريس عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم : ربعة او حائط ، لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء اخذ ، وإن شاء ترك ، فإذا باع ولم يؤذنه فهو احق به . (مسلم : ١٢٢٩/٣) واخرجه غيره أيضا (انظر نصب الراية : ١٣٢/٤) .

(٢) قال الزيلعي : هو مركب من حديثين ، فصدر الحديث اخرجه : النسائي (٣٢٠/٧) وابو داود (٢٥٦/٢) والترمذي (٦٥٠/٣) بلفظ : جار الدار احق بدار الجار والأرض (مع اختلاف في بعض الألفاظ) قال الترمذي : حديث حسن صحيح . وبقية الحديث اخرجه ايضا اصحاب السنن مع اختلاف في بعض الألفاظ : انظر (سنن أبي داود : ٢٥٦/٢) والترمذي (٦٥١/٣) وانظر نصب الراية (١٧٣/٤) .

ـ قوله ﷺ : (الجار أحق بسقبه • قيل : يا رسول الله ما سقبه ؟ قال : (شفعته) : ويروى : (الجار أحق بشفعته) [1] •

ب ـ المعقول :

وذلك أن ملك الجار متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار ، فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهو مالا يقسم ، وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة ـ يعني اتصال التأبيد والقرار ـ إنما انتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار ، إذ هو مادة المضار ، وقطع هذه المادة بتملك الأصيل ـ وهو الشفيع ـ أولى ، لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى ، وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره •

[الهداية وشروحها : ٧/٤٠٧ ـ ٤١٠]

٢ ـ واحتج القائلون بعدم ثبوتها لهما :

أ ـ بالآثار :

وذلك ما رواه مالك في الموطأ [٢/٧١٣] عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب : أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء ، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه •

وما روى البخاري [٣/١١٤] من حديث جابر رضي الله عنه قال : (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل مالم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) •

ورواه أبو داود [٢/٢٥٦] بلفظ : (إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها)•

---

(١) القسم الأول من الحديث اخرجه البخاري (٣/١١٥) وابو داود : ٢/٢٥٦ . والقسم الثاني قال الزيلعي : ليس في الحديث ، وقال : وفي معجم الطبراني : قيل لعمرو بن الشريد (احد رواة الحديث) ما السقب ؟ قال : الجوار . وفي مسند أبي يعلى الموصلي قال : الجار احق بسقبه يعني شفعته . (نصب الراية : ٤/١٧٤) . والرواية الثانية اخرجها أبو داود : ٢/٢٥٦ .

وجه الاستدلال بما ذكر أن قوله ﷺ : (إذا وقعت الحدود فلا شفعة) ، صريح في أنه لا شفعة للشريك المقاسم ، وإذا كانت غير واجبة للشريك المقاسم فهي أحرى أن لا تكون واجبة للجار ، على أن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم ، وبهذا المعنى يكون الحديث صريحا في أنه لا شفعة للجار .

قال الشافعي في الأم [٣/٢٣٢] بعد ذكره حديث جابر رضي الله عنه ومرسل سعيد رحمه الله تعالى: فبهذا نأخذ ، ونقول : لاشفعة فيما قسم اتباعا لسنة رسول الله ﷺ ، وعلمنا أن الدار إذا كانت مشاعة بين رجلين فباع أحدهما نصيبه منها فليس يملك أحدهما شيئا ــ وإن قل ــ إلا ولصاحبه منه ، فإذا دخل المشتري على الشريك للبائع هذا الرجل[1] ، كان الشريك أحق به منه ، بالثمن الذي ابتاع به المشتري ، فإذا قسم الشريكان ، فباع أحدهما نصيبه باع نصيبا لاحظ في شيء منه لجاره ، وإن كانت طريقهما واحدة ، لأن الطريق غير البيع[2][3] .

ب ــ بالاستصحاب :

وذلك أن الأصل في انتقال ملك شيء من شخص لآخر لايكون إلا برضاه ، فيعمل بهذا الأصل إلا أن يدل دليل على خلافه ، والدليل قائم على مخالفة هذا الأصل في الشريك الذي لم يقاسم ، فيبقى فيما عداه على الأصل ، فلا تثبت الشفعة لسواه .

قال ابن رشد في بداية المجتهد [٢/٢٥٣] : وبالجملة : فعمدة المالكية أن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه ، وأن من اشترى شيئا فلا يخرج من يده إلا برضاه ، حتى يدل الدليل على التخصيص ، وقد تعارضت الآثار في هذا الباب ــ أي ثبوت الشفعة للشريك المقاسم والجار وعدم ثبوتها ــ فوجب أن يرجح ما شهدت له الأصول .

---

(١) أي على شريك البائع الذي باع نصيبه لهذا الرجل .

(٢) أي غير ما جرى عليه البيع .

(٣) انظر المغني : ٥/٢٣٠ بالاضافة لما ذكر من مراجع .

وقال الزنجاني في تخريج الفروع على الأصول [١١٩] : لا شفعة للجار عند الشافعي رضي الله عنه ، مصيرا منه إلى أن الشفعة تملك قهري تأباه العصمة ، غير أن الشرع ورد به في الشريك ، مقرونا بدفع أنواع من الضرر، فيتقدر بقدر الضرورة، وضرر الجار لا يساويه في اللزوم ، فإنه يمكن دفعه بالمرافعة إلى السلطان ، ولذلك إذا اجتمعا قدم الشريك على الجار ، ولو تساويا في الضرر لتساويا في الاستحقاق كما في الخليطين ، فلا يلحق به •

وقال ابن قدامة [المغني : ٥/٢٣٠] : لأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل ، لمعنى معدوم في محل النزاع ، فلا تثبت فيه •

جـ ــ ولمالك رحمه الله تعالى دليل آخر غير ما ذكر ، وهو : إجماع أهل المدينة ، جاء في الموطأ [٢/٧١٣] بعد ذكر مرسل سعيد بن المسيب : قال مالك : وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا •

المسألة السابعة : الصلح على الانكار :

اختلف الأئمة في جواز الصلح مع الإنكار :

١ ــ ذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى أن الصلح مع الإنكار باطل •

قال في الأم [٣/١٩٦] : وإذا ادعى الرجل على الرجل الدعوى في العبد أو غيره ، أو ادعى عليه جناية ــ عمدا أو خطأ ــ فصالحه ــ مما ادعى من هذا كله أو من بعضه ــ على شيء قبضه منه ، فإن كان الصلح ــ والمدعى عليه يقر ــ فالصلح جائز بما يجوز به البيع ، كان الصلح نقدا أو نسيئة ، وإذا كان المدعى عليه ينكر فالصلح باطل ، وهما على أصل حقهما ، ويرجع المدعي على دعواه ، والمعطي بما أعطى •

٢ ــ وذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أن الصلح مع الإنكار جائز •

قال ابن رشد في بداية المجتهد [٢/٢٩٠] : واختلفوا في جوازه على الإنكار ، فقال مالك : ••• يجوز على الإنكار •

وقال في الشرح الكبير [٣/٣١١] : أو الصلح على الإنكار ، أي يجوز باعتبار ظاهر الحـال ٠

والمالكية يشترطون شروطاً لصحة هذا الصلح ، تراجع في كتب المذهب ٠

وقال في بداية المبتدي [٧/٢٤] : والصلح على ثلاثة أضرب : صلح مع إقرار ، وصلح مع سكوت ــ وهو أن لايقر المدعى عليه ولا ينكر ــ ، وصلح مع إنكار ، وكل ذلك جائز ٠

وقال الخرقي : والصلح الذي يجوز هــو : أن يكون للمدعي حق لايعلمه المدعى عليه ، فيصطلحان على بعضه ، فإن كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل ٠ قال ابن قدامة : وجملة ذلك أن الصلح على الإنكار صحيح ٠ [المغني : ٤/٣٥٧]

الأدلــة :

١ ــ حجة الشافعي رحمه الله تعالى فيما ذهب إليه الاستصحاب ، وذلك أن الأصل براءة الذمة عن الحقوق ، لأنها خلقت فارغة ، والتمسك بهذا الأصل : كما يدفع الدعوى عن المدعى عليه ، يتعدى إلى المدعي في إبطال دعواه وصار كأنه أقام بينة على أن ذمته فارغة عن حق الغير ، وهكذا يبطل الصلح ٠

قال الزنجاني في تفريعه على القول بالاستصحاب : منهـا : أن الصلح على الإنكار باطل عند الشافعي رضي الله عنه ، لأن الله تعالى خلق الذمم برية عن الحقوق، فثبت براءة ذمة المنكر بخلق الله عزوجل ، ولم يقم الدليل على شغل ذمته ، فلا يجوز شغلها بالدين ، فلا يصح الصلح ٠ [تخريج الفروع على الأصول : ٨٠]

ودعم الشافعية هذا القول بأن الصلح مع الإنكار يدخل في قوله ﷺ : (إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً) [1] ٠ وذلك أن المدعي : إن كان كاذباً فقد استحل من المدعى عليه ماله ، وهو حرام ، وإن كان صادقاً فقد حرم على نفسه ماله الحلال ، وهو حرام أيضاً ٠ [مغني المحتاج : ٢/١٨٠]

---

(١) أخرجه ابو داود في سننه بلفظ : الصلح جائز بين المسلمين .. الخ (٢/٢٧٣)

٢ ــ وحجة القائلين بجوازه :

أ ــ إطلاق قوله تعالى : « والصلح خير » /النساء : ١٢٨/ • فإنه يتناول أضرب الصلح الثلاثة بإطلاقه ، كما قال الحنفية •

ب ــ عموم قوله ﷺ : (كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً) • فإن الصلح على الإنكار يدخل في هذا العموم •

وتأويل قوله ﷺ : أحل حراماً : أي لعينه كالخمر ، وقوله : حرم حلالاً : أي لعينه ، كالصلح على أن لا يطأ الضرة •

ودعموا قولهم : بأن هذا الصلح جرى بعد دعوى صحيحة ، فيقضى بجوازه ، لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه ، وهو مشروع • والمدعى عليه يدفعه لتسقط الخصومة ويدفع اليمين عن نفسه ، وهذا مشروع أيضاً ، إذ المال وقاية الأنفس•

وأجاب الحنفية عن دليل الشافعية : بأن البراءة الأصلية دافعة للدعوى ، وليست حجة على المدعي ، بل صارت دعوى المدعي ــ أن المدعى حقي وملكي ــ معارضاً لإنكار المنكر على السواء ، فإنه خبر محتمل أيضاً ، فكما لا يكون خبر المدعي حجة على المدعى عليه ــ في إلزام التسليم إليه لكونه محتملاً ــ فكذلك خبر المدعى عليه لا يكون حجة على المدعي في إبطال دعواه وفساد الاعتياض بطريق الصلح•
[المغني : ٤/٣٥٧ ، الهداية وشروحها : ٧/٢٤ ــ ٢٧ ، بداية المجتهد : ٢/٢٩٠ ، الكشف : ٣/٣٧٨]

المسألة الثامنة : حكم الطلاق الواقع بالإيلاء :

اختلفوا في الطلاق الواقع بالإيلاء : هل هو بائن أو رجعي ؟•

١ ــ ذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى : أنه رجعي ، سواء طلق هو ، أم طلق عليه الحاكم •

قال ابن رشد في بداية المجتهد [٢/١٠١] : فأما الطلاق الذي يقع بالإيلاء فعند مالك والشافعي أنه رجعي •

قال في الشرح الكبير [٢/٤٣٨] : تصح رجعته بعد أن طلق عليه : إن انحل إيلاؤه : بوطء بعدة ، أو تكفير ، أو انقضاء أجل ، أو تعجيل حنث •

وقال في الأم [٥/٢٧٥] : وإذا أوقف المولي فطلق واحدة ، أو امتنع من الفيء بلا عذر ، فطلق عليه الحاكم الواحدة ، فالتطليقة تطليقة يملك فيهـا الزوج الرجعة في العدة •

٢ ـ وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان : إحداهما أنه رجعي مطلقاً ، والأخرى أن تطليق الحاكم يقع بائناً •

قال ابن قدامة : والطلاق الواجب على المولي رجعي ، سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه • قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله في المولي : فإن طلقها ؟ قال : تكون واحدة وهو أحق بها • وعن أحمد رواية أخرى : أن فرقة الحاكم تكون بائناً • قال القاضي : المنصوص عن أحمد في فرقة الحاكم أنها تكون بائناً ، فإن في رواية الأثرم ، وقد سئل : إذا طلق عليه السلطان أتكون واحدة ؟ فقال : إذا طلق فهي واحدة ، وهو أحق بها ، فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة • [المغني : ٧/٥٦٣]

٣ ـ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى : إلى أن طلاق الإيلاء بائن•

قال في بداية المبتدي [٣/١٨٤] : وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقـة •

الأدلـة :

١ ـ حجة القائلين بأنه رجعي الاستصحاب • وذلك أن الأصل في الطلاق إذا وقع على الزوجة ـ وكانت مدخولاً بها ، ولم يكن الطلاق بعوض، ولاطلقة ثالثة ـ أنه يكون رجعياً ، ولا يعدل عن الأصل إلا بدليل ، ولا دليل هنـا على أنه بائن ، فيقع رجعياً •

قال في بداية المجتهد [٢/١٠١] : لأن الأصل : أن كل طلاق وقع بالشرع ، أنه يحمل على أنه رجعي ، إلى أن يدل الدليل إلى أنه بائن •

وقال في المغني [٧/٥٦٤] : إنه طلاق صادف مدخولاً بها ـ من غير عوض ولا استيفاء عدد ـ فكان رجعياً ، كالطلاق في غير الإيلاء •

٢ ـ وأما الذين قالوا إنه بائن ـ وهم الحنفية ـ فحجتهم في ذلك ما رووه عن الصحابة رضي الله عنهم من أنه : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة ، وهي أحق بنفسها ، وفي لفظ : فهي تطليقة بائنة .

وكذلك ما قالوه : من أن المقصود بإيقاع الطلاق تخليصها عن ضرر التعليق ، ولا يحصل التخليص بالرجعي ، لأنه يجبرها على الرجعة ، فوقع الطلاق بائناً [1].

المسألة التاسعة : إرث المفقود :

اختلف الأئمة : في المفقود ـ الذي لاتعلم حياته أو موته ـ هل يعتبر كالميت فتوزع تركته على وارثيه ، وإذا مات أحد ممن يرثهم هو لايحتفظ له بنصيب ، أو أنه يعتبر حياً فلا توزع تركته ، وإذا مات أحد ممن يرثهم هو احتفظ له بنصيبه ؟

١ ـ ذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى : أنه يعتبر حياً في حق نفسه فلا يرثه أحد ، وكذلك في حق غيره ، فإذا مات من يرثه احتفظ له بنصيبه ، إلى أن يعلم حياته أو موته ، أو يمضي من الزمان مالا يعيش إلى مثله غالباً .

قال النووي في المنهاج [٣/ ٢٦ ـ ٢٧] : ومن أسر ، أو فقد ، وانقطع خبره ، ترك ماله حتى تقوم بينة بموته ، أو تمضي مدة يغلب على الظن أنه لايعيش فوقها ، فيجتهد القاضي ويحكم بموته ، ثم يعطي ماله من يرثه وقت الحكم . ولو مات من يرثه المفقود حصته وعملنا في الحاضرين بالأسوء .

وقال في بداية المجتهد [٥٢/٢] : وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لايعيش إلى مثله غالباً .

وقال في الشرح الكبير [٤٨٧/٤] : ووقف مال المفقود ـ الذي لم يعلم له موضع ولا حياة ـ للحكم من الحاكم بالفعل بموته بعد زمن التعمير . قال : وإن مات مورثه ـ أي من يرث منه المفقود ـ قدر المفقود حياً بالنسبة لإرث بقية الورثة،

---

(١) الهداية وشروحها : ١٨٥/٣ ـ ١٨٦ ، وانظر مسألة (وقوع الطلاق بانتهاء مدة الإيلاء) (الفصل الثاني من الباب الخامس) .

فتمنع الأخت من الإرث وتنقص الأم . وقدر أيضاً ميتاً ، فلا تمنع الأخت وتزاد الأم وينقص الزوج للعول ، وأعطي الوارث غير المفقود أقل نصيبه ووقف المشكوك فيه ، فإن مضت مدة التعمير فكالمجهول ، أي فالمفقود كمن جهل تأخر موته ، أي فلا إرث له ، وترثه أحياء ورثته .

٢ ــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى : أنه يعتبر حياً في حق نفسه ، فلا توزع تركته حتى يعلم حياته أو موته ، أو يمضي زمن التعمير ، وأما في حق غيره : فيعتبر ميتاً ، فإذا مات من يرثه فلا يحتفظ له بنصيب ، ولا يعتد به في توزيع التركة على ورثة المتوفى .

قال في بداية المبتدي [٤/٤٤٤ ــ ٤٤٦] : وإذا تم له مائة وعشرون من يوم ولد حكمنا بموته ، ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت ، ومن مات قبل ذلك لم يرث منه ، ولا يرث المفقود أحداً مات في حال فقده .

وقال في الدر المختار [٤/٢٩٣ ــ ٢٩٦] : وهو في حق نفسه حي . وقال : وميت في حق غيره ، فلا يرث من غيره .

٣ ــ وذهب الإمام أحمد رحمه الله تعالى إلى : أنه يعتبر حياً في حق نفسه وحق غيره مدة أربع سنين من غيابه ، فإذا مضت أربع سنين : اعتبر ميتاً في حق نفسه وحق غيره ، فتوزع تركته ولا يرث من أحد مات ممن يرثهم .

قال ابن قدامة [المغني : ٦/٣٨٩] تحت عنوان : فصل في ميراث المفقود وهو نوعـان :

أحدها : الغالب من حاله الهلاك ... (عدد صوره) ثم قال : فهذا ينتظر به أربع سنين ، فإن لم يظهر له خبر : قسم ماله ، واعتدت امرأته عدة الوفـاة وحلت للأزواج ، نص عليه الإمام أحمد .

قال : وإن مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته ، وقف للمفقود نصيبه من ميراثه وما يشك في مستحقه وقسم باقيه ، فإن بان حياً أخذه ورد الفضل إلى أهله ،

وإن علم أنه مات بعد موت مورثه دفع نصيبه مع ماله إلى ورثته ، وإن علم أنه كان ميتاً حين موت موروثه رد الموقف إلى ورثة الأول •

قال : وإن مضت المدة ولم يعلم خبره رد أيضاً إلى ورثة الأول ، لأنه مشكوك في حياته حين موت موروثه ، فلا نورثه مع الشك ، وكذلك إن علمنا أنه مات ولم يدر متى مات •

الأدلـة :

١ ــ حجة القائلين باعتباره حياً ــ حتى يثبت الموت أو يمضي زمن التعمير في حق نفسه وحق غيره ــ أن الأصل حياته ، فيستصحب الأصل حتى يظهر خلافه •

قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج [٢٧/٣] : لأن الأصل بقاء الحياة ، فلا يورث إلا بيقين ، أما عند البينة فظاهر ، وأما عند مضي المدة مع الحكم فلتنزيله منزلة قيام البينة •

وقال الشافعي في الأم [٤/٤ ــ ٥] : وكان معقولاً عن الله عزوجل ، ثم عن رسول الله ﷺ ، ثم في لسان العرب وقول عوام أهل العلم عندنا : أن امرءاً لايكون موروثاً أبداً حتى يموت ، فإذا مات كان موروثاً ، وأن الأحياء خلاف الموتى ، فمن ورث حياً دخل عليه ــ والله تعالى أعلم ــ خلاف حكم الله عزوجل وحكم رسوله ﷺ ، فقلنا ــ والناس معنا ــ بهذا لم يختلف في جملته ، وقلنا به في المفقود ، وقلنا لا يقسم ماله حتى يعلم يقين وفاته • اهـ •

وإذا ثبت أنه لايورث استصحاباً لحياته ، ثبت توريثه من موروثه إذا مات ، لأن الاستصحاب حجة في الإثبات كما هو حجة في الدفع [١] •

٢ ــ وأما الحنفية الذين قالوا باعتباره حياً في حق نفسه وميتاً في حق غيره : فحجتهم في ذلك أيضاً الاستصحاب ، وإنما الاستصحاب عندهم لايصلح حجة لإثبات الحقوق •

---

(١) انظر بداية المجتهد : ٥٢/٢

قال في الهداية [٤/٤٤٦] : لأن بقاءه حياً في ذلك الوقت باستصحاب ، وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق •

وقال ابن عابدين في حاشيته [٤/٢٩٣] : لأن الأصل أنه حي ، وأنه إلى الآن كذلك استصحاباً للحال السابق ، والاستصحاب حجة ضعيفة تصلح للدفع لا للإثبات أي تصلح لدفع ما ليس بثابت لا لإثباته •

هذا ، والذي رأيته في المبسوط [٣٠/٥٤] أنه يوقف نصيب المفقود من الميراث ـ كما قال الشافعية والمالكية ـ واحتج لذلك بالاستصحاب أيضاً فإنه قال : يوقف نصيب المفقود كما يوقف نصيب الحمل ، لأن حياته كانت معلومة ، وما علم ثبوته فالأصل بقاؤه ، إلا أن الحكم بحياته باعتبار استصحاب الحال ، فهو حجة في إبقاء ما كان على ما كان ، وليس بحجة في إثبات مالم يكن ثابتاً ، لأن ثبوته لانعدام الدليل المزيل ، لا لوجود الدليل المنفي ، فنقول : في مال نفسه يجعل حياً ، لإبقاء ماكان على ماكان ، وفي مال غيره لاتثبت حياته [1] ، لأن الحاجة إلى استحقاق الميراث لدفع استصحاب لا يكفي لذلك •

٣ ـ وأما الذين قالوا باعتباره ميتاً مطلقاً ، فيورث ولا يرث بعد مضي أربع سنين: فحجتهم في ذلك القياس على التفريق بينه وبين زوجته بعد مضي أربع سنين ، والحكم بجواز تزويجها بعد مضي فترة العدة من حين التفريق •

قال ابن قدامة : ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على تزويج امرأته ـ على ما ذكرنا في العدد ـ وإذا ثبت ذلك في النكاح ـ مع الاحتياط للأبضاع ـ ففي المال أولى •

وأيدوا هذا القياس بأن الظاهر هلاكه ، فأشبه مالو مضت مدة لا يعيش إلى مثلها • [المغني : ٦/٣٨٩]

وهذه المسألة من أشهر المسائل التي تبرز أثر الخلاف في اعتبار الاستصحاب حجة في الدفع والإثبات ، أو في الدفع فقط •

---

(١) لعل المراد أنه لايعطى سهمه من الآن ، بل يكون موقوفاً .

المسألة العاشرة : ادعاء أنه على دين قريبه المتوفى عند موته :

وصورة المسألة : إذا مات مسلم ، وادعى أحد الورثة ـ وكان كافراً ـ أنه أسلم قبل وفاة مورثه ، وقال باقي الورثة : بل أسلمت بعد وفاته ؟ .

أو : مات نصراني وادعي أحد الورثة ـ وهو مسلم ـ أنه أسلم بعد وفاة مورثه ، وقال باقي الورثة : بل أسلمت قبل وفاته ؟ . اختلفوا في هذا .

١ ـ فذهب أبو حنيفة وأصحابه ـ ما عدا زفر ـ رحمهم الله تعالى إلى : أن القول قول باقي الورثة في الصورتين جميعاً .

قال في الهداية [٥/٥١٥ ـ ٥١٧] : وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت : أسلمت بعد موته ، وقالت الورثة : أسلمت قبل موته ، فالقول قول الورثة . وقال زفر رحمه الله : القول قولها .

وقال : ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته ، وقالت : أسلمت قبل موته ، وقالت الورثة : أسلمت بعد موته ، فالقول قولهم أيضاً .

٢ ـ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى : أن القول قول الورثة في الصورة الأولى ، وقول الوارث المدعي في الصورة الثانية . وهو قول زفر كما سبق .

قال في الأم [٦/٢٤٦] : وإذا مات المسلم وله امرأة فقالت : كنت أمة فأعتقت قبل أن يموت ، أو ذمية فأسلمت قبل أن يموت ، أو قامت عليها بينة بأنها كانت أمة أو ذمية ، وادعت العتق والإسلام قبل أن يموت الزوج ، فأنكر ذلك الورثة وقالوا : إنما كان العتق والإسلام بعد موته ، فالقول قول الورثة وعلى المرأة البينة .

وقال في المنهاج [٤/٤٨٦] : ولو مات نصراني عن ابنين مسلم ونصراني ، فقال المسلم : أسلمت بعد موته فالميراث بيننا ، فقال النصراني : بل قبله ، صدق المسلم بيمينه .

٣ ـ أما مالك وأحمد رحمهما الله تعالى : فالظاهر من كتب المذهب أنهما يقولان بقول الشافعي ، وأن القول قول من يدعي استمرار ما سبق ، وإن لم تنص الكتب على الصورتين .

جاء في الشرح الكبير [٢٢٤/٤] : وإن ادعى أخ أسلم : أن أباه أسلم ومات مسلماً وادعى الأخ النصراني أنه استمر على النصرانية ومات على نصرانيته فالقول للنصراني •

قال في الحاشية : هذا إذا كان دينه المعلوم النصرانية ، فإن كان الإسلام فبالعكس ، أي إن تجردت دعواهما فالقول قول المسلم •

وقال ابن قدامة : ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها ، وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت ، فادعت أنها أسلمت قبل موته ، فأنكرها الورثة ، فالقول قول الورثة •

وقال الخرقي : ولو مات رجل وخلف ولدين مسلماً وكافراً ، فادعى المسلم أن أباه مات مسلماً ، وادعى الكافر أن أباه مات كافراً فالقول قول الكافر مع يمينه •

قال ابن قدامة : هذا فيما إذا لم يثبت ، فأما إن ثبت أصل دينه فالقول قول من يبقيه عليه مع يمينه • [المغني : ٢٧٥/١ ـ ٢٧٧]

الأدلة :

حجة الجميع فيما ذهبوا إليه في هذه المسألة الاستصحاب ، وهو لا يصلح حجة للاستحقاق عند أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى ، وإنما يصلح حجة للدفع فقط • ولهذا اعتبروا قول الورثة في الصورتين ، لأن فيه استصحاباً للحال التي يدفع بها قول المدعي في استحقاق الميراث •

قال في الفتح : فالمسألتان مبنيتان على أصل واحد ، وهو : أن الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق •

وقال في الهداية محتجاً للصورة الأولى (مات مسلم ••••) : ولا يحكم للحال : لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ، وهي محتاجة إليه (أي الاستحقاق) أما الورثة فهم الدافعون • قال في الفتح : والاستصحاب يكفي لهم في ذلك ، وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها إلى ما بعد موته •

وقال ـ في الهداية أيضاً ـ محتجاً للصورة الثانية (مات نصراني •••) : ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال ، فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال • قال في العناية : إن سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين ، وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتاً فيما مضى تحكيماً للحال ـ أي باستصحاب الحال ـ وهذا الحال ظاهر نعتبره لدفع استحقاقها الميراث ، وهو صحيح ، وهو ـ أعني زفر ـ يعتبره للاستحقاق ، وهو ليس بصحيح عندنا • [الهداية وشروحها ٥/٥١٥ ـ ٥١٧]

وأما الشافعي وأحمد ومالك ـ وكذلك زفر ـ رحمهم الله تعالى فإن الاستصحاب عندهم حجة مطلقاً ، فيصلح للاستحقاق كما يصلح للدفع ، ولذلك قالوا : القول قول من يدعي استمرار الحال ، حتى يثبت بالبينة خلافه •

قال في الأم [٦/٢٤٧] تعليلا للصورة الأولى : إذا عرفت بحال فهي من أهلها ، حتى تقوم البينة على خلافها •

وقال في مغني المحتاج [٤/٤٨٦ ـ ٤٨٧] : محتجاً للصورة الثانية : لأن الأصل استمراره على دينه ، أي : إن المسلم الذي ادعى إسلامه بعد موت أبيه النصراني ، الأصل استمراره على دين أبيه •

وقال في الشرح الكبير [٤/٢٢٤] محتجاً للصورتين : استصحاباً للأصل المتفق عليه •

وقال ابن قدامة [المغني : ١٠/٢٧٥ ـ ٢٧٧] : لأن الأصل عدم ذلك ، أي عدم ما ادعته من إسلامها قبل موته •

وقال : ولنا أن الأصل بقاء ما كان عليه ، وكان القول قول من يدعيه •

وقال : لأن دعوى المسلم لاتخلو : من أن يدعي كون الميت مسلماً أصلياً فيجب كون أولاده مسلمين ، ويكون أخوه الكافر مرتداً ، وهذا خلاف الظاهر ، فإن المرتد لايقر على ردته في دار الإسلام • أو يقول : إن أباه كان كافراً فأسلم قبل موته ، فهو معترف بأن الأصل ما قاله أخوه ، مدع زواله وانتقاله ، والأصل بقاء ما كان على ماكان حتى يثبت زواله •

المسألة الحادية عشرة : وجوب الدية في الشعور :

اتفق الأئمة على أنه لاقصاص على من أزال شيئاً من شعور غيره : كشعر الرأس، أو الحاجبين ، أو اللحية ، أو أشعار العينين • كما أنهم اتفقوا على أنه لادية فيها إذا لم يفسد المنبت • واختلفوا في وجوب الدية أو الحكومة فيما إذا أزيلت وفسد منبتها ؟•

١ ـ ذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى : أنه لادية في الشعور ، وإنما تجب الحكومة [1] • قال الشافعي في الأم [١٠٩/٦] : لاقدر في الشعر معلوم ، وفيه ـ إذا لم ينبت أو نبت معيباً ـ حكومة بقدر الألم ، أو الألم والشين [2] •

قال الزنجاني [في تخريج الفروع على الأصول : ٨٢] : إن الدية لاتكمل في الشعور الخمس عندنا : وهي: شعر الرأس واللحية والحاجبين والأهداب والشاربين، بل حكومة عدل •

وقال في مغني المحتاج [٦٢/٤] : بخلاف مالو انفردت الأهداب ، فإن فيها حكومة إذا فسد منبتها ، كسائر الشعور •

وقال الدردير : وقلع شعر حاجب أو هدب ـ الواحد أو المتعدد ـ فيه الحكومة إن لم ينبت ، فإن نبت وعاد لهيئته فلا شيء فيه إلا الأدب في العمد [3] ، وكذا شعر الرأس واللحية • [الشرح الكبير : ٢٧٧/٤]

٢ ـ وذهب أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى إلى : أنه تجب فيها الدية •

قال في تنوير الأبصار : وفي النفس والأنف والذكر والحشفة والعقل والشم والذوق والسمع والبصر واللسان ـ إن منع النطق أو منع أداء أكثر الحروف ـ ولحية حلقت لم تنبت ، وشعر الرأس كذلك ، والعينين والشفتين والحاجبين والرجلين

---

(١) أي مقدار يراه القاضي العدل متناسباً مع النقص الحاصل بالجناية .

(٢) العيب الحاصل .

(٣) اي تعزير الجاني في حال كونه متعمداً في فعله .

والأذنين والأليتين وثديي المرأة ، الدية • وقال : وفي أشفار العينين الأربعة الدية ، وفي أحدها ربعها • [حاشية ابن عابدين : ٦/٥٧٥ ــ ٥٧٨]

وقال الخرقي : وفي قرع الرأس إذا لم ينبت الشعر الدية ، وفي شعر اللحية الدية إذا لم ينبت ، وفي الحاجبين إذا لم تنبت • قال ابن قدامة : وتجب في أهداب العينين بمفردها الدية ــ وهو الشعر الذي على الأجفان ــ وفي كل واحد منها ربعها • [المغني : ٨/٤٤٠ ــ ٤٤٣]

الأدلــة :

١ ــ حجة القائلين بالحكومة وعدم وجوب الدية الاستصحاب • وذلك أن الأصل عدم وجوب الدية إلا بتفويت النفس ، فيستصحب هذا الأصل إلا فيما ثبت فيه الدليل بوجوب الدية كالأعضاء ، ولا دليل على ثبوتها في الشعور ، فتبقى على الأصل في وجوب الحكومة فيما لا دية فيه •

قال الزنجاني في تفريعه على القول بالاستصحاب [تخريج الفروع : ٨٢] :

ويتفرع على ذلك مسائل منها : أن الدية ••• إلى آخره ، ثم قال : لأن الأصل أن لا يجب كمال الدية بإتلاف البعض ، غير أن الشرع علق كل الدية بإتلاف الطرف ، لأنه تفويت منفعة الجنس ، فيصير الشخص كالهالك في حق ملك المنفعة ، والشعور ليست من هذا القبيل ، فبقي على الأصل ، وهو امتناع كمال الدية •
[وانظر مغني المحتاج : ٤/٦٢]

وقال ابن رشد في بداية المجتهد [٢/٤١٣] : وعمدة مالك أنه لا مجال فيه للقياس ، وإنما طريقه التوقيف ، فما لم يثبت من قبل السماء فيه دية فالأصل أن فيه حكومة •

٢ ــ وأما القائلون بوجوب الدية : فحجتهم القياس ، وذلك :

ــ أنهم قاسوا هذه الشعور على الأعضاء التي تجب في ذهابها الدية كالأذن ومارن الأنف ، بجامع أن ذهاب كل منها فيه تفويت منفعة •

ـ وبقياسها أيضاً على أذن الأصم وأنف الأخشم ، بجامع أن ذهاب كل منها فيه تفويت الجمال على الكمال ، فتجب فيه الدية .

قال ابن عابدين في الحاشية معللاً القول بوجوب الدية فيها : لأنه أزال الجمال على الكمال .

وقال ابن قدامة : ولنا أنه أذهب الجمال على الكمال فوجب فيه دية كاملة ، كأذن الأصم ، وأنف الأخشم .

وقال في الأهداب : ولنا : أن فيها جمالاً ونفعاً ، فإنها تقي العينين وترد عنهما ، وتحسن العين وتجملها ، فوجبت فيها الدية كالأجفان بأهدابها .

وربما دعموا قولهم هذا بما روي عن علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما : أنهما قالا في الشعر : فيه الدية .

[المغني : ٨/ ٤٤٠ ـ ٤٤٣ ، حاشية ابن عابدين : ٦/٥٧٥ ـ ٥٧٨]

المسألة الثانية عشرة : ادعيا عيناً في يد ثالث ، وأقام كل منهما بينة :

صورة المسألة : أن تكون عين ـ دار أو سواها ـ في يد إنسان ، فيدعيها اثنان آخران ، ويقيم كل منهما بينة أنها ملكه ، وصاحب اليد منكر لهما ويدعي ملكها ؟

١ ـ ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى : أن البينتين هنا تعارضتا ، وإذا تعارضت البينتان تساقطتا ، وصار كأن لابينة لهما ، ويحكم بالعين لصاحب اليد عملاً بالاستصحاب .

قال الزنجاني [تخريج الفروع على الأصول : ٨١] في المسائل التي تتفرع على القول بالاستصحاب : ومنها : إذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث ، وأقام كل واحد مهنما بينة على أن الملك في جميع الدار له ، تعارضت البينتان وتساقطتا ، وصار كأن لابينة عندنا ، وتقر الدار بيد الثالث تمسكاً بالاستصحاب .

وقال النووي : ادعيا عيناً في يد ثالث ، وأقام كل منهما بينة ، سقطتا . قال في

مغني المحتاج : فعلى هذا كأن لا بينة، ويصار إلى التحالف ، فيحلف لكل منهما يميناً.
[المنهاج ومغني المحتاج : ٤/٤٨٠]

وقال ابن قدامة : وإذا كان في يد رجل دار فادعاها نفسان ، قال أحدهما : آجرتكها ، وقال الآخر : هي داري أعرتكها ، أو قال : هي داري ورثتها من أبي ، أو قال : هي داري ولم يذكر شيئاً آخر ، فأنكرهما صاحب اليد وقال : هي داري ، فالقول قوله مع يمينه ، وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها ، وإن أقام كل منهما بما ادعاه بينة تعارضتا ، وكان الحكم على ماذكرنا فيما مضى . اهـ .

والذي يؤخذ مما ذكر فيما مضى : أن البينتين إذا تعارضتا ففي المسألة قولان : أحدهما : تسقط البينتان وكانا كمن لا بينة لهما ، الثاني : يعمل بهما ، وتقسم العين بين المدعيين أو يقرع بينهما .

والظاهر : أن القول الراجح في المذهب سقوط البينتين عند تعارضهما ، فقد قال الخرقي : ولو كانت الدابة في أيديهما : فأقام أحدهما البينة أنها له ، وأقام الآخر البينة أنها له تنجت في ملكه ، سقطت البينتان ، وكانا كمن لا بينة لهما .

وإذا سقطت البينتان ، فالظاهر من كلام ابن قدامة : أن القول قول صاحب اليد مع يمينه . قال في المغني : وإن قلنا تسقط البينتان حلف صاحب اليد وأقرت في يده كما لو لم تكن لهما بينة . [المغني : ١٠/٢٤٥ ــ ٢٥٧]

وهذا ــ كما ترى ــ قول بالاستصحاب وعمل به .

والظاهر أن مذهب مالك رحمه الله تعالى كمذهبهما قولاً واستدلالا .
[انظر تبصرة الحكام : ١/٣٠٩ ــ ٣١١]

٢ ــ وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى : أنه يعمل بالبينتين وتنزع العين من صاحب اليد ، وتقسم بين صاحبي البينة بالسوية .

قال في تنوير الأبصار : ولو برهن خارجان على شيء قضي به لهما ، قال ابن عابدين : يعني إذا ادعى اثنان عيناً في يد غيرهما ، وزعم كل واحد منهما أنها ملكه ، ولم يذكر سبب الملك ولا تاريخه ، قضي بالعين بينهما ، لعدم الأولوية .

وقال في الهداية : وإذا ادعى اثنان عيناً في يد آخر ، كل واحد منهما يزعم أنها له ، وأقاما البينة ، قضي بها بينهما .

وحجتهم في هـذا : حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه : أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في ناقة ، وأقام كل واحد منهما البينة ، فقضى بها بينهما نصفين [1] .

ودعموا هذا أيضاً : بأنه قد صحت البينتان ، فوجب العمل بهما ما أمكن ، وقد أمكن بالتنصيف إذ المحل يقبله ، وينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق .

وظاهر ما ذكروه أن صاحب اليد لم يدع ملكها ، ويمكن القول : إن الحكم لايختلف عندهم في حـال ادعـاء صاحب اليد ملكها ، لأن اليد لاتصلـح حجة للاستحقاق عندهم .

[حاشية ابن عابدين : ٥/٥٧١ ، الهداية وشروحها : ٦/٢١٧ ــ ٢١٨]

المسألة الثالثة عشرة : القضاء بالنكول :

إذا لم تكن للمدعي بينة ، وطولب المدعى عليه باليمين فنكل ولم يحلف ، فهل يقضى عليه بالمدعى به بمجرد النكول ، أو ترد اليمين على المدعي ؟ اختلف الأئمة في ذلـك :

١ ــ ذهب الشافعي ومالك رحمهما الله تعالى إلى : أنه لا يقضى عليه بالنكول ، وإنما تعرض اليمين على المدعي : فإن حلف أخذ ما ادعى به ، وإلا فلا .

قال في الأم [٥/٢٥٥] : ولا يقوم النكول مقام إقرار في شيء حتى يكون معه يمين المدعي .

وقال [٦/٢٣٧] : فالبينة على المدعي ، فإن جاء بها أخذ ما ادعى ، وإن لم يأت بها فعلى المدعى عليه الشيء في يديه اليمين بإبطال دعواه ، فإن حلف بريء ، وإن نكل قيل للمدعي : لا نعطيك بنكوله شيئا دون أن تحلف على دعواك مع يمينه .

---

(١) من مجموع روايتين أخرجهما أبو داود في سننه : ٢/٢٧٨ ــ ٢٧٩ .

وقال في مغني المحتاج [٤/٤٧٧] : وإذا نكل المدعى عليه عن يمين طلبت منه حلف المدعي اليمين المردودة ، لتحول الحق إليه ، وقضي لـه بمدعاه ، ولا يقضى بنكوله •

وقال في بداية المجتهد [٢/٤٥٧] : فقال مالك : ••• إذا نكل المدعى عليه ، لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول ، إلا أن يحلف أو يكون له شاهد واحد •

وقال الدسوقي [٤/١٤٧ ، ١٥١] : وللمدعى عليه رد اليمين المتوجهة عليه ابتداء على المدعي ، وقالوا : لو أنكر المدعى عليه ما ادعى به وقال : يحلف المدعي ويأخذ ما ادعى به ، فإنه يجاب لذلك •

٢ ـ وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى : أنه يقضى على المدعى عليه بمجرد النكول ، ولا ترد اليمين على المدعي في حال •

قال في بداية المبتدي [٦/١٥٨] : وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول ، وألزمه ما ادعي عليه •

وقال في الدر المختار [٥/٥٤٩] : واليمين لا ترد على مدع •

٣ ـ وذهب أحمد رحمه الله تعالى في المنصوص عنه : إلى القضاء بالنكول في الأموال ، وعدم القضاء به فيما سوى ذلك • وروي عنه في الأموال كغيرها •

قال ابن قدامة : وإن قال ـ أي المدعى عليه ـ : ما أريد أن أحلف ، أو سكت فلم يذكر شيئا ، نظرنا في المدعى :

فإن كان مالا ، أو المقصود منه المال ، قضي عليه بنكوله ، ولم ترد اليمين على المدعي ، نص عليه أحمد فقال : أنـا لا أرى رد اليمين ، إن حلف المـدعى عليه ، وإلا دفع إليه حقه • واختار أبو الخطاب : أن له رد اليمين على المدعي ، إن ردها حلف المدعي وحكم له بما ادعاه • قال : وقد صوبه أحمد فقال : ما هو ببعيد ، يحلف ويستحق •

فأما غير المال ، وما لا يقصد به المال : فلا يقضى فيه بالنكول ، نص عليه أحمد في القصاص ، ونقل عنه في رجل ادعى على رجل أنه قذفه ، فقـال : استحلفوه ،

فإن قال : لا أحلف أقيم عليه • قال أبو بكر : هذا قول قديم ، والمذهب أنه لا يقضى في شيء من هذا[1] بالنكول • [المغني : ١/٢١١ ـ ٢١٢]

الأدلــة :

١ ـ حجة القائلين إنه لا يقضى بالنكول :

حجة الشافعي رحمه الله تعالى ـ فيما ذهب إليه ـ الاستصحاب ، وذلك أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه حتى يقوم الدليل على شغلها بحق الغير ، والنكول لا ينهض دليــلا على ذلك ، لأن النكول كما يحتمل أن يكون تحرزا عن اليمين الكاذبة يحتمل أن يكون تورعا عن اليمين الصادقة ، ولاقضاء مع التردد •

قال الزنجاني في تخريجه على القول بالاستصحاب [٨٠] : ومنها : أنه لا يقضى على الناكل بمجرد نكوله ، بل يعرض اليمين على المدعي عندنــا ، لأن الأصل أن لا يحكم إلا بما يعلم ، أو يظن ظنا يقارب العلم ، فــإذا أعوز بقينا عــلى النفي ، استصحابا للبراءة الأصلية •

ودعم الشافعي قوله هذا بما رواه في الأم [٧/٣٤] عن سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ في القسامة بدأ الأنصاريين ، فلما لم يحلفوا رد الأيمان على اليهود • [وانظر مغني المحتاج : ٤/٤٧٧]

وهذا الحديث هو حجة مالك رحمه الله تعالى في هذه المسألة •

قال في بداية المجتهد [٢/٤٥٧] : فعمدة من رأى أن تنقلب اليمين : ما رواه مالك من أن رسول الله ﷺ رد في القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدأ بالأنصار ، قال : ومن حجة مالك : أن الحقوق عنده إنما تثبت بشيئين : إما بيمين وشاهد ، وإما بنكول وشاهد ، وإما بنكول ويمين ، أصل ذلك عنده : اشتراط الاثنينية في الشهادة •

---

(١) أي من هذا النوع المدعى به ، وهو ما ليس بمال ولا يقصد به المال ، كالقذف مثلا .

٢ ــ وأما القائلون بالقضاء بالنكول فيما قضوا به ، فحجتهم في ذلك قول النبي ﷺ : (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه)[١] .

وجه الاستدلال به : أن النبي ﷺ جعل جنس اليمين في جانب المدعى عليه ، كما جعل جنس البينة في جانب المدعي ، يؤيد هذا ما ورد بلفظ : (ولكن اليمين على جانب المدعى عليه)[٢] . وهذا يدل على حصر اليمين في جانب المدعى عليه ، فلا يمين على المدعي ، فإذا نكل المدعى عليه فلا ترد على المدعي ، وقضي عليه بالنكول .

واستدل الحنفية أيضا أن الإقدام على اليمين واجب ، لقوله ﷺ : (واليمين على من أنكر)[٣] ، لأن كلمة على تدل على الوجوب ، فإذا نكل عن اليمين دل نكوله على كونه باذلا للحق أو مقرا به ، وإلا لأقدم على اليمين إقامة للواجب ، وعلى هذا يقوم النكول مقام الإقرار .

وأيدوا قولهم هذا بعمل الصحابة ، فقد قال ابن قدامة : قال أحمد : قدم ابن عمر إلى عثمان في عبد له ، فقال له : احلف أنك ما بعته وبه عيب علمته ؟ فأبى ابن عمر أن يحلف ، فرد العبد عليه ، ولم يرد اليمين على المدعي .

وذكر الحنفية أن القضاء بالنكول إجماع الصحابة .

[المغني : ٢١١/١٠ ، الهداية وشروحها : ١٥٨/٦ ــ ١٥٩ ، ابن عابدين : ٥٤٩/٥]

هذا ولم يتعرض ابن قدامة لعمدة أحمد في عدم قضائه بالنكول في غير الأموال ، ولعلهم أخذوا فيها بما أخذ الشافعي عامة ، وخالفوه هنا لما ورد من دليل اعتبروه خاصا في الأموال ، كما يؤخذ من حديث ابن عمر .

---

(١) أخرجه الترمذي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما (٦٢٦/٣) والقسم الأخير منه في البخاري وغيره .

(٢) مسلم : ١٣٣٦/٣ (بدون لفظ : جانب) .

(٣) البيهقي وابن عساكر عن ابن عمر (فيض القدير : ٢٢٥/٣) .

المسألة الرابعة عشرة : حكم ما صاده الكلب المعلم إذا أكل من الصيد :

إذا ظهر كون الكلب معلما ، ثم أرسل على صيد فأكل منه ، هل يؤكل هذا الصيد وما سبقه من صيود له أولا ؟ اختلف الأئمة في ذلك :

١ ــ ذهب الشافعي رحمه الله تعالى ــ في الأظهر من قوليه ــ وأحمد رحمه الله تعالى ــ في أصح الروايتين عنه ــ إلى : أنه لا يؤكل ذلك الصيد الذي أكل منه ، وأما الصيود التي صادها قبل الصيد الذي أكل منه : فإنها تؤكل عندهما قولا واحدا .

قال في الأم [٢/١٩٢] : فإذا أكل : فقد قيل يخرجه هذا من أن يكون معلما ، وامتنع صاحبه من أن يأكل من الصيد الذي أكل منه الكلب . وقال : ويحتمل القياس أن يأكل وإن أكل منه الكلب .

قال في المنهاج [٤/٢٧٥ ، ٢٧٦] : ولو ظهر كونه معلما ، ثم أكل من لحم صيد ، لم يحل ذلك الصيد في الأظهر . قال في مغني المحتاج : ونبه المصنف بقوله (ذلك الصيد) على أنه لا ينعطف التحريم على ما اصطاده قبله .

قال في المجموع [٩/١٠٩] : قال أصحابنا : ولا ينعطف التحريم على ما اصطاده قبل الأكل ، وهذا لاخلاف فيه عندنا .

وقال ابن قدامة [المغني : ٩/٣٧٠] : الشرط الخامس : أن لا يأكل من الصيد ، فإن أكل منه لم يبح في أصح الروايتين ، والرواية الثانية : يباح . قال : وإذا ثبت هذا ، فإنه لا يحرم ما تقدم من صيوده في قول أكثر أهل العلم .

٢ ــ وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى : إلى تحريم ما أكل منه وما سبقه من صيود ، وخالفه الصاحبان ــ أبو يوسف ومحمد ــ فيما أحرزه في بيته من صيود سابقة ولم يستهلكه ، فقالا : لا يحرم .

قال في بداية المبتدي [٨/١٧٦] : ولو أنه صاد صيودا ولم يأكل منها ، ثم أكل من صيد ، لا يؤكل هذا الصيد . قال في الهداية : وأما الصيود التي أخذها

من قبل : فما أكل منها لا تظهر فيه الحرمة : لانعدام المحلية ، وما ليس بمحرز ــ بأن كان في المفازة بأن لم يظفر صاحبه به بعد ــ تثبت فيه الحرمة بالاتفاق ، وما هو محرز في بيته يحرم عنده ، خلافا لهما • [وانظر ابن عابدين : ٦/٤٦٧]

٣ ــ وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : أنه لا يحرم صيد المعلم وإن أكل منه • قال في متن الشرح الكبير [٢/١٠٢ ــ ١٠٤] : وجرح مسلم مميز وحشيا[1] ــ وإن تأنس عجز عنه إلا بعسر ، لا نعم شرد ، أو تردى بكوة ــ بسلاح محدد ، وحيوان علم بإرسال من يده ، بلا ظهور ترك ، ولو تعدد مصيده أو أكل •

وواضح من مذهب مالك رحمه الله تعالى : أن الصيود التي سبقت الصيد الذي أكل منه لا تحرم من باب أولى •

الأدلـة :

١ ــ حجة الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى ــ في حل ما سبق من صيود قبل أكله ــ الاستصحاب •

وذلك : أنه حين صادها ، كان حل صيده ثابتا بيقين ، لظهور كونه معلما ، فلا يحكم بالحرمة إلا بدليل ، ولا دليل على تحريمه ، فيبقى على أصل الحل الثابت بيقين •

قال الزنجاني [تخريج : ٨٠]: إن الكلب المعلم إذا أكل من فريسته مرة واحدة، لم تحرم تلك الفريسة على أحد القولين عندنا ، ولم يحرم ما مضى من فريسته قولا واحدا ، استصحابا للحل الثابت قبل الأكل ، فإنه ثابت يقينا •

وقال ابن قدامه [المغني : ٩/٣٧٠] : ولأن اجتماع شروط التعليم حاصلة فوجب الحكم به ، ولهذا حكمنا بحل صيده ، فإذا وجد الأكل : احتمل أن يكون لنسيان ، أو لفرط جوعه ، أو نسي التعليم ، فلا يترك ما ثبت يقينا بالاحتمال • هـ

وهذا ــ كما ترى ــ يصلح استدلالا للقول بحل ماأكل منه ، وإنما عدلا عن

---

(١) اي يحل جرح المسلم المميز أكل الحيوان الوحشي ••

القول بذلك ـ كما هو الصحيح عنهما ـ لحديث عدي بن حاتم رضي الله عنه : أن النبي ﷺ قال : (إذا أرسلت كلبك المعلم وسميت فأمسك وقتل فكل ، وإن أكل فلا تأكل ، فإني أخاف أن يكون أمسك على نفسه)[1] .

قال ابن قدامة [المغني : ٩/٣٧٠] : ولنا عموم الآية والأخبار[2] ، وإنما خص منه ما أكل منه ، ففيما عداه يجب القضاء بالعموم .

وقال الشافعي [الأم : ٢/١٩٢] : فإذا أكل فقد قيل يخرجه هذا من أن يكون معلما ، وامتنع صاحبه من أن يأكل من الصيد الذي أكل منه الكلب ، لأن الكلب أمسكه على نفسه ، وإن أكل منه صاحب الكلب أكل من صيد غير معلم . ويحتمل القياس أن يأكل وإن أكل منه الكلب ، من قبل أنه إذا صار معلما صار قتله ذكاة ، فأكل ما لم يحرم أكله ما كان ذكيا ، كما لو كان مذبوحا فأكل منه كلب لم يحرم ، وطرح ما حول ما أكل .

قال : وهذا قول ابن عمر وسعد بن أبي وقاص ، وبعض أصحابنا ، وإنما تركنا هذا للأثر الذي ذكر الشعبي عن عدي بن حاتم : أنه سمع النبي ﷺ يقول : (فإذا أكل فلا تأكل) . قال : وإذا ثبت الخبر عن النبي ﷺ لم يجز تركه لشيء . [وانظر مغني المحتاج : ٤/٢٧٥]

٢ ـ وحجة أبي حنيفة رحمه الله تعالى : أن الأكل من الصيد دليل جهله من الابتداء ، لأن علمه أمر خفي لا يطلع عليه ، فيعتبر السبب الظاهر المظهر له ، وهو الامتناع عن الأكل ، وبالإقدام على الأكل أظهر ضد العلم وهو الجهل ، لأن الأكل هو السبب الظاهر المظهر للجهل ، ولأن الحرفة لا ينسى أصلها ، فبالأكل تبين أنه كان يترك الأكل للشبع لا للعلم ، وصيد الجاهل لا يؤكل .

---

(١) أخرجه البخاري بروايات عدة مع اختلاف في بعض الألفاظ (٧/١١٠ـ١١٤) .

(٢) الأخبار كالخبر السابق والروايات التي أشرنا اليها ، والآية قوله تعالى : « فكلوا مما أمسكن عليكم » /المائدة : ٤/ .

وحجة الصاحبين : أن الأكل لا يدل على الجهل فيما تقدم ، لأن الحرفة قد تنسى ، وما أحرزه قد أمضي الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله ، لأن المقصود قد حصل بالإحراز ، بخلاف غير المحرز ، لأنه ما حصل المقصود من كل وجه ، لبقائه صيدا من وجه ، لعدم الإحراز ، فحرم احتياطا .

وأجيب بأن المقصود يحصل بالأكل ، وتبدل الاجتهاد قبل حصول الأكل ، فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء . [الهداية وشروحها : ١٧٧/٨]

قال ابن عابدين [٤٦٧/٦] : والحاصل أن الإمام حكم بجهل الكلب مستندا ، وهما بالاقتصار على ما أكل ، والأول أقرب إلى الاحتياط ، وهو الصحيح .

٣ ـ وأما مالك رحمه الله تعالى فالظاهر أن حجته في ذلك قول الصحابي : وذلك ما رواه في الموطأ [٤٩٢/٢ ـ ٤٩٣] : عن نافع ، عن ابن عمر رضي الله عنهما: أنه كان يقول في الكلب المعلم : كل ما أمسك عليك إن قتل وإن لم يقتل .

وعن مالك أنه سمع نافعا يقول : قال عبد الله بن عمر : وإن أكل وإن لم يأكل .

وعن مالك : أنه بلغه عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه : أنه سئل عن الكلب المعلم إذا قتل الصيد ؟ فقال : كل وإن لم تبق إلا بضعة واحدة .

* * *

الباب الرابع

في

العرف وأثره

ويحتوي على فصلين :

الفصل الأول : العـرف

الفصل الثاني : أثر العرف

الفصل الأول

العرف

تعريفه وتحرير معناه لدى الأصوليين .

اقسامه .

الاحتجاج بالعرف :

ـ أقوال المذاهب من كتب الأصول

ـ أمثلة تطبيقية من كتب الفروع

ـ وجوه الاختلاف بين المذاهب في اعتبار العرف

ـ شرائط اعتبار العرف

ـ الدليل الشرعي على اعتباره

تعريف :

العرف في أصل اللغة بمعنى المعرفة ، ثــم استعمل بمعنى : الشيء المألوف المستحسن ، الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول[1] .

وفي اصطلاح الأصوليين :

١ ـ هو : ما استقر في النفوس مــن جهة العقول ، وتلقته الطبــاع السليمة بالقبول(٢) .

قال الشيخ أبو سنة في شرح هذا التعريف [العرف والعادة : ٨] : يعني هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته ، وتحقق في قرارتها وألفته ، مستندة في ذلك إلى استحسان العقل ، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة .

وقال : وإنما يحصل استقرار الشيء في النفوس ، وقبول الطباع له ، بالاستعمال الشائع المتكرر ، الصادر عن الميل والرغبة . هـ

٢ ـ وعرف أيضا بأنه : عادة جمهور قوم في قول أو فعل .

ذكر هذا التعريف صاحب المدخل الفقهي العام [٨٣١/١] وقال : وقد وضعنا هذا التعريف مستوحى من التعاريف والشرائط التي يذكرها الفقهاء والأصوليون ، وتحرينا فيــه أن يكون كاشفا عن حقيقة العرف في نظر الفقهاء بأوضح صورة ، وبأدق الحدود . هـ

---

(١) قال في اللسـان : والعرف والعارفة والمعروف واحد ، ضد النكر ، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به وتطمئن إليه . (مادة عرف) .

(٢) قد ذكر هذا التعريف كثير من الأصوليين نقلا عن المستصفى ، وبعضهم ذكر انه مستصفى الغزالي . والأستاذ أبو سنة نقله عن المستصفى لعبد الله بن أحمد النسفي . ولعله هو الصحيح ، حيث إني لم أجده في المستصفى للغزالي ، والله أعلم .

العرف والعادة :

هذا ومن الجدير بالذكر : أن الأصوليين كثيرا ما يستعملون العادة والعرف بمعنى واحد ، لأن مؤداهما واحد ، ولذا عرفها صاحب المستصفى بما عرف به العرف فقال : العرف والعادة ما استقر ... الخ . [العرف والعادة : ١٢ — ١٣]

وقال ابن عابدين [نشر العرف : ٣] : العادة مأخوذة من المعاودة ، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول ، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة ، حتى صارت حقيقة عرفية ، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق ، وإن اختلفا من حيث المفهوم .

وقال الشيخ أبو زهرة [مالك : ٤٢٠] : وإذا اعتادت الجماعة أمرا صار عرفا لها ، فعادة الجماعة وعرفها متلاقيان في المؤدى ، وإن اختلف مفهومهما ، فهما يتلاقيان فيما يختص بالجماعات .

وقال الأستاذ خلاف [مصادر التشريع الإسلامي : ١٤٥] : والعرف والعادة في لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد[1] .

تحرير المراد بالعرف لدى بحث الأصوليين :

لابد لنا — قبل البحث في الاحتجاج بالعرف والعمل به لدى الفقهاء — من أن نحرر القول فيما يمكن أن يكون مجالا للبحث في هذا ، وما هو مراد الأصوليين بالعرف عندما يبحثونه ؟ فنقول :

١ — إن ما تعارف عليه الناس : إذا كان هو بعينه حكما شرعيا ، وقد نص عليه الشارع وبينه إيجابا أو تحريما — سواء أوجده الشرع ابتداءا ، أو كان متعارفا بين الناس فدعا إليه وأكده — إن هذا النوع من العرف لا خلاف بين الفقهاء في وجوب العمل به ، وأن أحكامه ثابتة لا تتغير ولا تتبدل باختلاف الأزمان والأمصار ، لأنها أحكام شرعية مستمرة لا يلحقها تغيير ولا تبديل ، إذ إن تغييرها وتبديلها نسخ لها ، ولا نسخ بعد موت رسول الله ﷺ .

---

(١) ولتحقيق العلاقة بين العرف والعادة انظر : المدخل الفقهي العام : ١/٨٢٩ — ٨٣٤ ، العرف والعادة : ٧ — ١٣ .

وقد نص الشاطبي على هذا عند تقسيمه العوائد إلى شرعية وأخرى جارية بين الخلق فقال [الموافقات : ٢/٢٨٣] :

فأما الأول : فثابت أبدا كسائر الأمور الشرعية ، كما قالوا في سلب العبد أهلية الشهادة ، وفي الأمر بإزالة النجاسات ، وطهارة التأهب للمناجاة ، وستر العورات ، والنهي عن الطواف بالبيت على العري ، وما أشبه ذلك من العوائد الجارية في الناس، إما حسنة عند الشارع أو قبيحة ، فإنها من جملة الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع، فلا تبديل لها ، وإن اختلفت آراء المكلفين فيها ، فلا يصح أن ينقلب الحسن فيها قبيحا ، ولا القبيح حسنا ، حتى يقال مثلا : إن قبول شهادة العبد لاتأباه محاسن العادات الآن فلنجزه ، أو إن كشف العورة الآن ليس بعيب ولا قبيح فلنجزه ، أو غير ذلك ، إذ لو صح مثل هذا لكان نسخا للأحكام المستقرة المستمرة ، والنسخ بعد موت النبي ﷺ باطل ، فرفع العوائد الشرعية باطل .

وقد أشار السيوطي أيضا إلى ذلك ، عند الكلام عن تعارض العرف مع الشرع، فقال [الأشباه والنظائر : ١٠٣] :

والثاني : أن يتعلق به ــ أي بالاستعمال الشرعي ــ حكم ، فيقدم على عرف الاستعمال، فلو حلف لا يصلي، لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود، أو لا يصوم: لم يحنث بمطلق الإمساك ، أو لا ينكح : حنث بالعقد لا بالوطء . هـ

فمؤدى كلام الشاطبي والسيوطي : أن العرف الشرعي إذا كان فيه حكم شرعي وجب العمل به ، ولا يمكن أن يغيره شيء مهما اختلفت الأمصار والأزمان[١] .

٢ ــ هذا ويؤخذ من الكلام السابق : أن ما يتعارفه الناس إذا كان فيه أخذ بأمر نص الشارع على تحريمه نصا قاطعا ، أو كان فيه إهمال واجب ثبت بنص لا يقبل التخصيص ، فإن هذا النوع من العرف لا يحترم ، ولا يؤخذ به ، ولا يجوز اعتباره بإجماع الفقهاء ، بل هو ــ كما قال الشيخ أبو زهرة [مالك : ٤٢١] ــ

---

(١) انظر : ضوابط المصلحة : ٢٨١ ــ ٢٨٦ ، مالك : ٤٢١ .

فساد عام يجب التعاون على القضاء عليه ، ويكون ذلك من قبيل التعاون على البر والتقوى ، والسكوت عنه سكوت عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والرضا به تعاون على الإثم والعدوان • هـ

ويسمى هذا النوع من العرف بالعرف الفاسد ، قال الأستاذ عبد الوهاب خلاف [مصادر التشريع الإسلامي : ١٤٦ — ١٤٧] : والعرف الفاسد : هو ما يتعارفه الناس مما يخالف الشرع ، أو يجلب ضررا ، أو يفوت نفعا ، كتعارفهم بعض العقود الربوية ، أو بعض العادات المستنكرة •

وقال : وأما العرف الفاسد — أي المخالف لأصل شرعي، أو حكم ثابت بالنص — فلا يراعيه المجتهد في اجتهاده وفتواه ، ولا القاضي في قضائه • هـ

والذي ذكرته — من الاتفاق على العمل بالعرف الشرعي المنصوص عليه ، والإجماع على ترك العرف المخالف له — يدل عليه كلام جميع من تكلم عن العرف من الأصوليين والفقهاء قديما وحديثا •

قال ابن عابدين [نشر العرف : ٤] : إذا خالف العرف الدليل الشرعي ، فإن خالفه من كل وجه — بأن لزم منه ترك النص — فلا شك في رده ، كتعارف الناس كثيرا من المحرمات : من الربا وشرب الخمر ولبس الحرير والذهب ، وغير ذلك مما ورد تحريمه نصا •

وقال : لا اعتبار للعرف المخالف للنص ، لأن العرف قد يكون على باطل ، بخلاف النص ، كما قاله ابن الهمام ، وقد قال في الأشباه : العرف غير معتبر في المنصوص عليه •

وقال — نقلا عن الظهيرية — : لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر[1] •

٣ — وبهذا يتحرر لدينا أن مجال البحث ليس في هذين النوعين من العرف ، وإنما هو في نوع ما يتعارفه الناس ويجري بينهم ، من وسائل التعبير وأساليب الخطاب والكلام ، وما يتواضعون عليه من الأعمال ، ويعتادونه من شؤون المعاملات، مما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي •

---

(١) وانظر [ابو حنيفة : ٣٥١] الأشباه : الظهيرية .

اقسام العرف :

يذكر الأصوليون أن العرف ينقسم إلى أقسام عدة ، وذلك بالنظر إلى سببه ومتعلقه ، أو إلى من يصدر عنه ، أو باعتبار المعنى اللغوي •

ونظرا لهذه الاعتبارات ينقسم العرف إلى التقسيمات التالية :

١ ــ من حيث سببه ومتعلقه :

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى عرف لفظي وعرف عملي :

أ ــ فالعرف اللفظي (القولي) : هو ما كان موضوعه استعمال بعض الألفاظ في معان تعارف الناس على استعمالها فيها ، وذلك كأن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين ، بحيث يصبح هذا المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق بلا قرينة ولا علاقة عقلية ، ولا يتبادر إلى الأذهان عند سماع هذه الألفاظ أو التراكيب إلا هذا المعنى • وأمثلة ذلك :

ــ استعمال لفظ الدراهم بمعنى النقود الرائجة في البلد مهما كان نوعها ، فإذا أطلقت كان المراد بها النقد الغالب في البلدة ، مع أنها في الأصل نقد فضي مسكوك بوزن معين •

ــ واستعمال لفظ البيت في بعض البلدان بمعنى الغرفة ، وفي بعضها بمعنى الدار بكاملها •

ب ــ والعرف العملي : هو ما كان موضوعه بعض الأعمال التي اعتادها الناس في أفعالهم العادية ، أو معاملاتهم المدنية ، وبكلمة أخرى : هو ما جرى عليه العمل • وأمثلة ذلك :

ــ اعتياد الناس في بعض الأماكن أن يأكلوا نوعا خاصا من اللحوم كالضأن ، أو نوعا خاصا من الحبوب كالبر •

ــ تعارف الناس في عقد الزواج : أن المسمى من المهر عند العقد ، والذي

يدفع معجلا ، إنما هو قسم من كامل المهر ــ نصفه أو ثلثاه حسب التعامل ــ وأن الباقي يكون مؤجلا إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق[1] .

وقد ذكر الشاطبي هذين النوعين من العرف ، عند ذكره أنواع العوائد المتبدلة ، فقال [الموافقات : ٢/٢٨٤] :

ــ ومنها ما يختلف في التعبير عن المقاصد ، فتنصرف العبارة عن معنى إلى معنى عبارة أخرى : إما بالنسبة إلى اختلاف الأمم كالعرب مع غيرهم ، أو بالنسبة إلى الأمة الواحدة ، كاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع في صنائعهم مع اصطلاح الجمهور ، أو بالنسبة إلى غلبة الاستعمال في بعض المعاني ، حتى صار ذلك اللفظ إنما يسبق منه إلى الفهم معنى ما ، وقد كان يفهم منه قبل ذلك شيء آخر ، أو كان مشتركا فاختص ، وما أشبه ذلك . وقال :

ــ ومنها : ما يختلف في الأفعال في المعاملات ونحوها ، كما إذا كانت العادة في النكاح : قبض الصداق قبل الدخول ، أو في البيع الفلاني : أن يكون بالنقد لا بالنسيئة ، أو بالعكس ، أو إلى أجل كذا دون غيره . هـ .

٢ ــ باعتبار من يصدر عنه : وينقسم بهذا الاعتبار إلى :

أ ــ العرف العام : وهو كما قال ابن عابدين [نشر العرف : ٤] : ما تعامله عامة أهل البلاد ، سواء أكان قديما أو حديثا . هـ أي هو الذي يكون فاشيا في جميع البلاد بين جميع الناس في أمر من الأمور .

ــ وذلك : كالاستصناع : في كثير من الحاجات واللوازم ، من أحذية وألبسة وأدوات وغيرها ، فإن الناس قد احتاجوا إليه ودرجوا عليه من قديم الزمان ، ولا يخلو اليوم من التعامل به مكان .

ــ وكذلك : تعارف استعمال لفظ الطلاق في إزالة الزوجية .

---

(١) انظر : المدخل الفقهي العام : ١/٨٣٥ ــ ٨٣٨ ، نشر العرف : ٣ ، العرف والعادة : ١٧ ــ ١٩ .

ب ــ العرف الخاص : وهو الذي لم يتعامله أهل البلاد جميعا ، وإنما كان مخصوصا ببلد أو مكان دون آخر ، أو بين فئة من الناس دون أخرى • ومثاله :

ــ عرف التجار فيما يعد عيبا ينقص الثمن في البضاعة المبيعة أو لا يعد عيبا •

ــ عرف أهل العراق في إطلاق لفظ الدابة على الفرس[1] •

ج ــ العرف الشرعي : وهو اللفظ الذي استعمله الشرع مريدا منه معنى خاصا •ومثال ذلك :

ــ الصلاة ، فإنها في الأصل الدعاء ، واستعملها الشارع مريدا بها العبادة المخصوصة ، ذات الركوع والسجود •

ــ الحج ، فإنه في أصل اللغة القصد ، واستعمله الشارع في زيارة الكعبة في أشهر معلومة ، وبأفعال مخصوصة[2] •

٣ ــ باعتبار المعنى اللغوي : ينقسم إلى مقرر له وقاض عليه :

أي مقرر للمعنى اللغوي : وهو ما طابق معناه المعنى اللغوي ، وقاض عليه : وهو ما غيره بتخصيص أو تقييد أو إبطال •

ذكر هذا التقسيم الأستاذ أبو سنة [العرف والعادة : ٢٠ ــ ٢١] وقال : وقد استنبطت هذا التقسيم من كلام الفقهاء •

ومثاله : البنفسج والورد : المعنى اللغوي لكل منهما : هو الورق ذو الرائحة ، والمعنى العرفي للبنفسج هو الدهن ، وللورد هو الورق ذو الرائحة ، فلما طابق المعنى العرفي المعنى اللغوي في الورد سموه عرفا مقررا ، ولما تغير عنه في البنفسج سموه قاضيا على اللفظ •

---

(١) المدخل الفقهي العام : ١/٨٣٨ ــ ٨٤٠ ، العرف والعادة : ١٩ ــ ٢٠ .

(٢) العرف والعادة : ٢٠ ، وانظر نشر العرف : ٣ .

تفسيم الشاطبى :

قسم الشاطبي رحمه الله تعالى العوائد باعتبار من تصدر عنه إلى : عوائد شرعية ، وعوائد جارية بين الخلق • فقال في الموافقات [٢/٢٨٣] :

العوائد المستمرة ضربان :

ــ أحدهما : العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها ، ومعنى ذلك : أن يكون الشرع أمر بها إيجابا أو ندبا ، أو نهى عنها كراهة أو تحريما ، أو أذن فيها فعلا وتركا •

والضرب الثاني : هي العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي • هـ

وقسمها أيضا باعتبار وقوعها في الوجود إلى : عوائد ثابتة ، وعوائد متبدلة فقال [الموافقات : ٢/٢٩٧] : العوائد أيضا ضربان بالنسبة إلى وقوعها في الوجود :

أحدهما : العوائد العامة التي لا تختلف بحسب الأعصار والأمصار والأحوال ، كالأكل والشرب ، والفرح ، والحزن والنوم واليقظة ، والميل إلى الملائم والنفور عن المنافر ، وتناول الطيبات والمستلذات ، واجتناب المؤلمات والخبائث ، وما أشبه ذلك •

والثاني : العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال ، كهيئات اللباس والمسكن ، واللين في الشدة ، والشدة فيه ، والبطء ، والسرعة في الأمور والأناة والاستعجال ، وما كان نحو ذلك • هـ

والظاهر أن هذا التقسيم إلى : عوائد لا تختلف وعوائد تختلف ، إنما هو للضرب الثاني من التقسيم الأول ، وهو العوائد الجارية بين الخلق •

الاحتجاج بالعرف

الظاهر أن المذاهب الفقهية متفقة على اعتبار العرف ــ بالمعنى الذي حررناه ــ على وجه الإجمال ، وإن كان بينها شيء من التفاوت في حدود هذا الاعتبار ومداه .

قال الشيخ أبو سنة [العرف والعادة : ٢٣] : اعتبر الفقهاء ــ على اختلاف مذاهبهم ــ العرف ، وجعلوه أصلا ينبني عليه شطر عظيم من أحكام الفقه[1] .

وذكر الشيخ أبو زهرة في كتابه أبو حنيفة [٣٥٠] عن سهل بن مزاحم قوله : كلام أبي حنيفة أخذ بالثقة وفرار من القبح ، والنظر في معاملات الناس ، وما استقاموا عليه وصلحت عليه أمورهم ، يمضي الأمور على القياس ، فإذا قبح القياس يمضيها على الاستحسان ما دام يمضي له ، فإذا لم يمض له رجع إلى ما يتعامل به المسلمون . ثم قال أبو زهرة : وفي الجملة : إن ذلك النص يدل على أنه يأخذ بالعرف مصدرا من مصادر الاستنباط ، وأصلا من الأصول يرجع إليه إن لم يكن سواه .

وقال في كتابه مالك [٤٢٠] : والفقه المالكي كالفقه الحنفي ، يأخذ بالعرف ويعتبره أصلا من الأصول الفقهية ، فيما لا يكون فيه نص قطعي .

وقال : ويظهر أن الشافعية أيضا يحترمون العرف إذا لم يكن نص . هـ

وهذا الذي ذكرناه ، وقرره الأستاذان الجليلان ، تدل عليه نصوص كتب أصول المذاهب على اختلافها ، وإليك بعض هذه النصوص :

١ ــ قال الشاطبي في الموافقات [٢/٢٨٤ ، ٢٨٦] بعد تقسيمه العادات إلى شرعية وجارية بين الخلق : وأما الثاني : فقد تكون العوائد ثابتة وقد تتبدل ، ومع ذلك فهي أسباب لأحكام تترتب عليها .

---

(١) وانظر المدخل الفقهي العام : ١/١١٠ .

وقال أيضا : العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا ، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية ، أي سواء كانت مقررة بالدليل شرعا : أمرا أو نهيا أو إذنا ، أم لا .

٢ ــ ولقد عقد ابن القيم في كتابه [إعلام الموقعين : ٨٩/٣] فصلا بعنوان : تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد . وساق أمثلة كثيرة على ذلك ، ثم قال في نهاية الفصل ــ بعد تقريره مذهب المالكية بالقول بالعرف ــ وهذا محض الفقه ، ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب ، على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم ، فقد ضل وأضل ، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم ، على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم ، بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم ، بل هذا الطبيب الجاهل ، وهذا المفتي الجاهل ، أضر ما على أديان الناس وأبدانهم ، والله المستعان .

٣ ــ وقال ابن عابدين [نشر العرف : ٣] : واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة ، حتى جعلوا ذلك أصلاً ، فقالوا في الأصول ، في باب ما تترك به الحقيقة : تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة ، هكذا ذكر فخر الإسلام ، انتهى كلام الأشباه ، وفي شرح الأشباه للبيري : قال في المشرع : الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، وفي المبسوط : الثابت بالعرف كالثابت بالنص . هـ .

٤ ــ وقال السيوطي في الأشباه والنظائر [٩٩ ــ ١٠٩] : اعلم أن اعتبار العادة والعرف ، رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة .

وقال : قال الإمام في باب الأصول والثمار : كل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو المحكم ، ومضمره كالمذكور صريحا ، وكل ما تعارض الظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه فهو مثار الخلاف .

وقال : قال الرافعي : يتبع مقتضى اللغة تارة ، وذلك عند ظهورها وشمولها ، وهو الأصل ، وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد .

وقال : قال ابن عبد السلام : قاعدة الأيمان البناء على العرف إذا لم يضطرب ، فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة .

وقال أيضا : قال الفقهاء : كل ما ورد به الشرع مطلقا ، ولا ضابط لــه فيه ولا في اللغة ، يرجع فيه إلى العرف • هـ

فهذه النصوص ــ ومثلها كثير ــ تدل على اتفاق المذاهب جملة على اعتبار العرف •

أمثلة تطبيقية لدى المذاهب :

إن المتتبع لكتب المذاهب في الفروع يستطيع أن يتبين بسهولة كثرة المسائل التي يبنونها على مقتضى العرف ، مما يجعله يجزم أن الفقهاء جميعهم قد اعتبروا العرف على وجه الإجمال كما ذكرنا • وإليك بعض الأمثلة ــ على سبيل المثــال لا الحصر ــ كما نصت عليها كتب المذاهب :

في الفقه الحنفي :

١ ــ في عقد البيع :

أ ــ إذا أطلق الثمن حمل على المتعارف : قال في الهداية : ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد ، لأنه المتعارف ، وفيه التحري للجواز ، فيصرف إليه • هـ

والمراد بتحري الجواز : تصحيح العقد حتى لا يهدر كلام العاقل •

ب ــ مايدخل في بيع الدار : قال في الهداية : ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه ، لأن اسم الدار يتناول العرصه والبناء في العرف •

جـ ــ بيع الثمر بشرط البقاء على الشجر : هذا العقد فاسد عند أبي حنيفة وأصحابه ، لأن هذا الشرط لا يقتضيه العقد ، وفيه شغل ملك الغير ، وأجازه محمد رحمه الله تعالى فيما تناهى عظمه من الثمر ، لجريان العرف في ذلك •

قال في الهداية : ومن باع ثمرة ــ لم يبد صلاحها ، أو قد بدا ــ جاز البيع••• ، وعلى المشتري قطعها في الحال ، وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع ، قال : وكذا إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ــ لما قلنا ــ واستحسنه محمد رحمه الله تعالى للعادة • قــال في الفتح : وجه قــول محمد في المتناهي :

الاستحسان بالتعامل ، لأنهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تناهى عظمه ، فهو شرط يقتضيه العقد •

د ـ العيب الذي يرد به المبيع : من المقرر شرعا أن المبيع يرد بالعيب ، ولكنه لا يرد بكل عيب ، والمرجع في معرفة العيب الذي يرد به أولا يرد إنما هو العرف • قال في الهداية : وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب ، لأن التضرر بنقصان المالية ، وذلك بانتقاص القيمة ، والمرجع في معرفته عرف أهله(١) •

٢ ـ في زرع الأرض المغصوبة :

إذا غصب إنسان أرضا وزرعها بغير إذن صاحبها ، فهل تكون مزارعة صحيحة أو فاسدة ؟ يرجع في ذلك إلى العرف •

قال في الدر المختار [٦/١٩٥] : ولو زرعها يعتبر العرف • قال ابن عابدين : قال في الذخيرة : قالوا إن كانت الأرض معدة للزراعة ، بأن كانت الأرض في قرية اعتاد أهلها زراعة أرض الغير ، وكان صاحبها ممن لا يزرع بنفسه ، ويدفع أرضه مزارعة ، فذلك عن المزارعة ، ولصاحب الأرض أن يطالب بحصة الدهقان(٢) على ما هو متعارف أهل القرية : النصف ، أو الربع ، أو ما أشبه ذلك •

٣ ـ ما يجوز للمضارب فعله :

يجوز للمضارب أن يتصرف بكل ما جرت به العادة بين التجار ، ومن ذلك البيع نقدا ونسيئة • قال في الهداية : ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة ، لأن كل ذلك من صنيع التجار ، فينتظمه إطلاق العقد ، إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه ، لأن له الأمر العام المعروف بين الناس •

٤ ـ في الإجارة :

هناك مسائل عدة يرجع فيها ـ لمعرفة ما على الأجير أن يفعله ، أو لمعرفة المنفعة المستحقة ـ إلى العرف ، منها :

---

(١) الهداية وشروحها : ٥/٨٤ ، ٩٧ ، ١٠٢ ـ ١٠٣ ، ١٥٣ .

(٢) الدهقان : بضم الدال وكسرها ، معرب ، يطلق على رئيس القرية ، وعلى التاجر ، وعلى من له مال وعقار . (المصباح) .

أ ـ من استؤجر ليطبخ للوليمة : قال في الهداية : ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه ، اعتبارا للعرف .

ب ـ من استؤجر لضرب اللبن : قال في الهداية : ومن استأجر إنساناً ليضرب له لبنا استحق الأجر إذا أقامها عند أبي حنيفة ، وقالا : لا يستحقها حتى يشرّجها[1]، لأن التشريج من تمام عمله ، إذ لا يؤمن من الفساد قبله ، فصار كإخراج الخبز من التنور ، ولأن الأجير هو الذي يتولاه عرفا ، وهو المعتبر فيما لم ينص عليه .

جـ ـ استئجار الدور دون بيان العمل : قال في الهداية : ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها ، لأن العمل المتعارف فيها السكنى ، فينصرف إليه .

د ـ ما يجب فعله على المرضع : إذا استؤجرت المرأة للإرضاع ، فماذا عليها أن تفعل من إصلاح شؤون الرضيع ؟ يرجع في ذلك إلى العرف . قال : في الهداية : وعليها أن تصلح طعام الصبي ، لأن العمل عليها ، والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب ، فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر[2] ، وأما الطعام فعلى والد الولد ، وما ذكر محمد : أن الدهن والريحان على الظئر ، فذلك من عادة أهل الكوفة[3] .

٥ ـ في الأيمان :

ذكر في الدر المختار [٣/٧٤٣] : أن الأصل في الأيمان عند الحنفية أنها مبنية على العرف . قال ابن عابدين : لأن المتكلم إنما يتكلم بالكلام العرفي ، أعني الألفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف ، كما أن العربي ـ حال كونه بين أهل اللغة ـ إنما يتكلم بالحقائق اللغوية ، فوجب صرف ألفاظ المتكلم إلى ماعهد أنه المراد بها . هـ [وانظر فتح القدير : ٤/٢٩]

---

(١) يشرجها : ينضدها ويضم بعضها إلى بعض . (المصباح) .

(٢) الظئر في أصل اللغة : الناقة تعطف على ولد غيرها ، ومنه قيل للمرأة الأجنبية التي تحضن ولد غيرها ظئر (مصباح) .

(٣) الهداية ٧/٧٩ ، ١٦٢ ، ١٦٤ ، ١٨٧ .

والأمثلة على ذلك في هذا الباب كثيرة نذكر بعضا منها :

أ ـ الحلف بصفات الله تعالى : قال في الهداية : واليمين بالله تعالى ، أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم ، أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا ، كعزة الله وجلاله وكبريائه ، لأن الحلف بها متعارف ، وقال : إلا قوله : وعلم الله ، فإنه لا يكون يمينا ، لأنه غير متعارف .

ب ـ ما يجوز كسوة في كفارة اليمين : قال في بداية المبتدي : وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد ، وأدناه ما يجوز فيه الصلاة . قال في الهداية : المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروي عن محمد ، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : أن أدناه ما يستر عامة بدنه ، حتى لا يجوز السراويل ، وهو الصحيح ، لأن لابسه يسمى عريانا في العرف .

جـ ـ الحلف على السكنى والأكل والشرب :

ـ قال في الهداية : ومن حلف لا يسكن هذه الدار ، فخرج بنفسه ، ومتاعه وأهله فيها ، ولم يرد الرجوع إليها حنث ، لأنه يعد ساكنها ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفا .

ـ وقال : ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ، ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة ، وقالا : إن أكل من خبزها حنث أيضاً ، لأنه مفهوم منه عرفاً .

ـ وقال : ومن حلف لا يشرب من دجلة ، فشرب منها بإناء لم يحنث ، حتى يكرع منها كرعاً عند أبي حنيفة ، وقالا : إذا شرب منها بإناء يحنث ، لأنه المتعارف المفهوم [1] . هـ

والنصوص في ذلك كثيرة كما قلت ، والحقيقة أن كثرة المسائل المبنية على العرف لدى الحنفية تعادل كثرة المسائل المبينة على الاستحسان أو تزيد ، كما يظهر من تتبع الفروع الفقهية في المذهب .

---

(١) الهداية : ٤/٨ ـ ٩ ، ١٨ ـ ١٩ ، ٣٦ ، ٥٠ ، ٥٨ .

في الفقه المالكي :

أ ــ بيع الغرر (البيع على البرنامج)[1] : من المقرر فقهاً أن بيوع الغرر غير جائزة ، لما ورد أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر •
[مسلم : ٣/١١٥٣ ، ابن ماجه : ٣/٧٣٩] •

ومن الغرر أن يكون المبيع مغيباً داخل ظرف ، واستثنى مالك رحمه الله تعالى من ذلك : ما إذا ذكرت أوصاف المبيع ، ثم وجدت موافقة لما ذكر • وسمى هذا النوع من البيع : البيع على البرنامج ، وحكم بصحته ، وأنه لازم للمشتري ، وعمدته في ذلك تعارف الناس عليه •

جاء في الموطأ [٢/٦٧٠] : قال مالك : في الرجل يقدم له أصناف من البز ، ويحضره السوام ، ويقرأ عليهم برنامجه ، ويقول : في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية ، وكذا وكذا ريطة سابرية ذرعها كذا وكذا ، ويسمي لهم أصنافاً من البز بأجناسه ، ويقول : اشتروا مني على هذه الصفة ، فيشترون الأعدال على ما وصف لهم ، ثم يفتحونها فيستغلونها ويندمون • قال مالك : ذلك لازم لهم ، إذا كان موافقاً للبرنامج الذي باعهم عليه[2] •

وقال محتجاً لهذا في نفي الغرر [٢/٦٦٧] : وبيع الأعدال على البرنامج مخالف لبيع الساج في جرابه ، والثوب في طيه ، وما أشبه ذلك • فرق بين ذلك الأمر المعمول به ، ومعرفة ذلك في صدور الناس ، وما مضى من عمل فيه ، وأنه لم يزل من بيوع الناس الجائزة ، والتجارة بينهم التي لا يرون بها بأساً ، لأن بيع الأعدال على البرنامج على غير نشر لا يراد به الغرر ، وليس يشبه الملامسة[3] •

---

(١) البرنامج ورقة يكتب عليها ما في الظرف او العدل .

(٢) البز : الثياب . السوام : جمع سائم وهو من يطلب بيع السلعة أو يعرضها للبيع . ملحفة : ملاءة يلتف بها . بصرية : نسبة إلى البصرة البلدة المعروفة في العراق . ريطة : ملاءة من قطعة واحدة ، او هي كل ثوب رقيق . سابرية : نسبة إلى سابور من بلاد فارس . ذرعها : قياسها . فيستغلونها : يستكثرون ثمنها .

(٣) الساج : ثوب بشكل معين كان معروفاً لديهم . جرابه : وعائه الموضوع فيه . الملامسة : هي أن يقول : إذا لمست ثوبي ولمست ثوبك فقد وجب البيع بيننا بكذا .

٢ ــ توزيع الربح في المضاربة : إذا اختلف رب المال والعامل في مقدار الربح المتفق عليه لكل منهما يرجع في ذلك إلى العرف ، ويكون القول قول العامل مع يمينه إن جرى عرف بمثل ما يدعيه •

جاء في الموطأ [٢/٧٠١] : قال مالك : في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا ، فربح فيه ربحا ، فقال العامل : قارضتك على أن لي الثلثين ، وقال صاحب المال : قارضتك على أن لك الثلث • قال مالك : القول قول العامل ، وعليه في ذلك اليمين ، إذا كان ما قال يشبه قراض مثله ، وكان ذلك نحوا مما يتقارض عليه الناس ، وإن جاء بأمر يستنكر ليس على مثله يتقارض الناس لم يصدق ، ورد إلى قراض مثله •

٣ ــ الحرز في السرقة : يرجع فيه إلى ما اعتاده الناس في الحفظ ، قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٤٤٠] : والحرز عند مالك بالجملة هو : كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه •

٤ ــ وجوب الرضاع على الزوجة : فإن مذهب مالك رحمه الله تعالى : أن الرضاع يجب على الزوجة الدنيئة ، ولا يجب على الشريفة ، وعمدته في ذلك العرف •

قال ابن رشد : [بداية المجتهد : ٢/٥٦] : وأما حقوق الزوج على الزوجة : بالرضاع ، وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك ، وذلك أن قوما أوجبوا عليها الرضاع على الإطلاق ، وقوم لم يوجبوا ذلك عليها بإطلاق ، وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة ، إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها ، وهو مشهور قول مالك • وقال : وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة •

في الفقه الشافعي :

١ ــ الحرز في السرقة :

اعتمد الشافعي رحمه الله تعالى في تحديد الحرز ــ الذي يعتبر شرطا في قطع يد السارق ــ على العرف •

قال في الأم [٦/١٣٥ ـ ١٣٦] : وأنظر إلى المسروق : فإن كان في الموضع الذي سرق فيه تنسبه العامة إلى أنه في مثل ذلك الموضع محرز فأقطع فيه ، وإن كانت العامة لا تنسبه إلى أنه في مثل ذلك الموضع محرز فلا يقطع فيه .

وقال : وأنظر إلى متاع السوق ، فإذا ضم بعضه إلى بعض في موضع بياعاته ، وربط بحبل ، أو جعل الطعام في خيش وخيط عليه ، فسرق ـ أيّ هذا أحرز به ـ فأقطع فيه ، لأن الناس مع شحهم على أموالهم هكذا يحرزونه .

وقال : إلا أن الأحراز تختلف ، فيحرز بكل ما يكون العامة تحرز بمثله ، والحوائط[١] ليست بحرز للنخل ولا للثمرة ، لأن أكثرها مباح يدخل من جوانبه ، فمن سرق من حائط شيئا من ثمر معلق لم يقطع ، فإذا أواه الجرين[٢] قطع فيه ، وذلك أن الذي تعرفه العامة عندنا أن الجرين حرز ، وأن الحائط غير حرز .

٢ ـ حمل العام والمطلق على العرف :

فقد عقد ابن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام [٢/١٢٦] فصلا تحت عنوان (تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرهما) وذكر لذلك أمثلة تنوف عن العشرين ، أذكر لك بعضا منها :

أ ـ حفظ الودائع والأمانات : إنما يحفظ كل شيء فيما جرى العرف بحفظه فيه ، فإذا حفظت في غيره كانت مضمونة .

قال : المثال الخامس : جعل الودائع والأمانات على حرز مثلها ، فلا تحفظ الجواهر والذهب والفضة بأحراز الثياب والأحطاب ، تنزيلا للعرف منزلة تصريحه بحفظها في حرز مثلها .

---

(١) جمع حائط وهو البستان .

(٢) الجرين : البيدر الذي يداس فيه الحب ، والموضع الذي تجفف فيه الثمار .

ب ـ إجارة وسائل النقل : فإنه يحمل على المعتاد من المسافة والأماكن ، وكذلك ما يحق للمستأجر تحميله فيما إذا كان الاستئجار للسفر ، أو لتنقل داخل البلد .

قال : وكذلك حمل إجارة الدواب على اليسير المعتاد ، والمنازل المعتادة . وكذلك دخول حمل الأمتعة والبسط وأواني الطعام والشراب في الإجارة على الدواب ، إذا استؤجرت للركوب في الأسفار ، لاطراد العرف بذلك ، بخلاف مالو استؤجرت للتردد في القرى والأمصار .

جـ ـ استصناع الصناع دون شرط الأجرة : الأصل في الإجارة : أن تذكر المنفعة والأجرة عند العقد ، فإذا لم تذكر الأجرة وقام الأجير بالعمل ، اعتبر متبرعا ولم يستحق الأجرة . وإنما جرت العادة في بعض الصناعات ـ كالحلاقين ـ أن لايذكر الأجر عند الاستئجار ، مع جريان العادة أن هؤلاء الصناع لا يعملون إلا بأجر ، ولذلك يستحق هؤلاء الأجر ولو لم يذكر عند الاستئجار .

قال : المثال الثامن : استصناع الصناع ، الذين جرت عادتهم بأنهم لا يعملون إلا بالأجرة ، إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة ، كالدلال والحلاق والفاصد والحجام والنجار والحمال والقصار ، فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة ، لدلالة العرف على ذلك .

٣ ـ في الأيمان :

السمك لا يسمى لحما عرفا ، فلو حلف إنسان أن لا يأكل لحما فأكل سمكا لم يحنث ، وكذلك كل لفظ عرف بمعنى إنما يحمل عليه .

قال السيوطي في الأشباه والنظائر [١٠٢] عند الكلام عن تعارض العرف مع تسمية الشرع : أحدهما : أن لا يتعلق بالشرع حكم ، فيقدم عليه عرف الاستعمال .

فلو حلف : لا يأكل لحما لم يحنث بالسمك وإن سماه الله لحما ، أو لا يجلس على بساط أو تحت سقف أو في ضوء سراج ، لم يحنث بالجلوس على الأرض وإن

سماها الله بساطا ، ولا تحت سماء وإن سماها الله سقفا ، ولا في الشمس وإن سماها الله سراجا ، أو لا يضع رأسه على وتد لم يحنث بوضعها على جبل ، أو لا يأكل ميتة أو دما لم يحنث بالسمك والجراد والكبد والطحال • فقدم العرف في جميع ذلك ، لأنها استعملت في الشرع تسمية بلا تعلق حكم وتكليف •

٤ ــ ضمان ما تتلفه الدواب :

الحكم المقرر لدى الشافعية أن ماأتلفته الدواب من الزروع ليلا مضمون على صاحبها ، وماأتلفته نهارا غير مضمون • وعمدتهم في هذا الحديث الذي ورد في هذا ، قالوا : وهو وارد على وفق العادة ، ولذا لو تغيرت العادة تغير الحكم •

قال في مغني المحتاج [٤/٢٠٦] : وإن كانت الدابة وحدها فأتلفت زرعا أو غيره نهارا لم يضمن صاحبها ، أو ليلا ضمن ، لتقصيره بإرسالها ليلا ، بخلافه نهارا • للخبر الصحيح في ذلك ، رواه أبو داود[1] وغيره ، وهو على وفق العادة في حفظ الزرع ونحوه نهارا والدابة ليلا •

وقال : ولو تعود أهل البلد إرسال البهائم أو حفظ الزرع ليلا دون النهار انعكس الحكم ، فيضمن مرسلها ما أتلفته نهارا دون الليل ، اتباعا لمعنى الخبر والعادة ، ومن ذلك يؤخذ ما بحثه البلقيني : أنه لو جرت عادة بحفظها ليلا ونهارا ضمن مرسلها ما أتلفت مطلقا •

في الفقه الحنبلي :

أ ــ البيع بالمعاطاة :

قال ابن قدامة [المغني : ٣/٤٨١] : المعاطاة : مثل أن يقول : أعطني بهذا الدينار خبزا ، فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول : خذ هذا الثوب بدينار ، فيأخذه ،

---

(١) هو ما أخرجه أبو داود في سننه : أن ناقة للبراء بن عازب رضي الله عنه دخلت حائط رجل فأفسدته عليهم ، فقضى رسول الله ﷺ على أهل الأموال حفظها بالنهار ، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل . (٢/٢٦٧) .

فهذا بيع صحيح • نص عليه أحمد فيمن قال لخباز : كيف تبيع الخبز ؟ قال : كذا بدرهم ، قال : زنه وتصدق به ، فإذا وزنه فهو عليه • هـ

وقال في الاستدلال لصحة هذا البيع : ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته ، فوجب الرجوع فيه إلى العرف ، كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجودا بينهم معلوما عندهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكاماً ، وأبقاه على ما كان ، فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم •

ب ـ استحقاق الأجر دون شرط :

قال ابن قدامة [المغني : ٥/٤١٥] : إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ، ليخيطه أو يقصره ، من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر ـ مثل أن يقول : خذ هذا فاعمله ، وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر ـ وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك ، ففعلا ذلك ، فلهما الأجر • هـ •

والحجة في ذلك العرف • قال : ولنا أن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول ، فصار كنقد البلد ، وكما لو دخل حماما ، أو جلس في سفينة مع ملاح •

وقال : فأما إن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجرا ، إلا بعقد أو شرط العوض أو تعريض به ، لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد ، فصار كما لو تبرع به ، أو عمله بغير إذن مالكه •

د ـ اعتبار الصنعة في الكفاءة :

قال ابن قدامة [المغني : ٧/٣٨] : فأما الصناعة ففيها روايتان أيضا : إحداهما أنها شرط ، فمن كان من أهل الصنائع الدنيئة ـ كالحائك والحجام والكساح والدباغ والقيم والحمامي والزبال ـ فليس بكفء لبنات ذوي المروءات، أو أصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة والبناية •

وقال في الاحتجاج لهذه الرواية : لأن ذلك نقص في عرف الناس ، فأشبه نقص النسب ، وقد جاء في الحديث : (العرب بعضهم لبعض أكفاء إلا حائكا

أو حجاما)[1] قيل لأحمد رحمه الله : وكيف تأخذ به وأنت تضعفه ؟ قال : العمل عليه • يعني : أنه ورد موافقا لأهل العرف • هـ

ويلاحظ هنا أن موافقة العرف للحديث يقويه ــ إذا كان ضعيفا ــ عند الإمام أحمد رحمه الله تعالى •

هـ ــ الحرز في السرقة :

من شرط القطع في السرقة الأخذ من الحرز ، وليس في ذلك حد مقطوع به ، وإنما يرجع في ذلك إلى العرف • قال في المغني [١١١/٩] : والحرز ما عُدَّ حرزا في العرف ، فإنه لما ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه ، علم أنه رد ذلك إلى أهل العرف ، لأنه لا طريق إلى معرفته إلا من جهته فيرجع إليه •

و ــ في باب الأيمان :

إذا حلف لا يركب دابة أو لا يأكل رأسا لم يحنث إلا بركوب ما جرى العرف بركوبه من الدواب ، وإلا بأكل ما جرى العرف بأكله من الرؤوس •

قال ابن القيم [إعلام الموقعين : ٦٢/٣] : مما تتغير به الفتوى لتغير العرف والعادة ، موجبات الأيمان والإقرار والنذور وغيرها • فمن ذلك :

أن الحالف إذا حلف : لا ركبت دابة ، وكان في بلد عرفهم في لفظ الدابة الحمار خاصة ، اختصت يمينه به ، ولا يحنث بركوب الفرس ولا الجمل •

وكذلك : إن كان الحالف ممن عادته ركوب نوع خاص من الدواب ــ كالأمراء ومن جرى مجراهم ــ حملت يمينه على ما اعتاده من ركوب الدواب • فيفتى في كل بلد بحسب عرف أهله ، ويفتى كل أحد بحسب عادته •

---

(١) ذكر المحقق : أن الدارقطني قال في العلل : لا يصح . وقال ابن عبد البر : هذا منكر موضوع . هـ أقول : أخرج أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه أن أبا هند حجم النبي ﷺ فقال : (يا بني بياضة انكحوا أبا هند وانكحوا إليه) . وقال : (وإن كان في شيء مما تداوون به خير فالحجامة) (٤٨٤/١) ، وظاهر هذا الحديث عدم اعتبار الصنعة في الكفاءة .

وكذلك : إذا حلف : لاأكلت رأسا ، في بلد عادتهم أكل رؤوس الضأن خاصة ، لم يحنث بأكل رؤوس الطير والسمك ونحوها ، وإن كان عادتهم أكل رؤوس السمك حنث بأكل رؤوسها • هـ

وهكذا بعد هذا العرض للمسائل الفقهية العديدة ، وذكر النصوص الفقهية لدى المذاهب الأربعة ، يتضح لدينا أن العرف معتبر ـ على الجملة ـ في بناء الأحكام الشرعية لدى الفقهاء جميعا • فإذا وجدنا اختلافا بينهم في بعض المسائل الفرعية ، المبنية على العرف ، فإنما يكون ذلك الاختلاف لاختلافهم في بعض مسائله ومدى سلطانه ، أو لاختلاف العرف نفسه ، أو لاختلافهم في وجوده وعدمه ، أو اطراده واضطرابه • كما سنرى عند الكلام عن المسائل الفرعية المترتبة على هذا الدليل ، وما انبنى على الخلاف فيه •

ولعل وجوه الاختلاف هذه ، هي السبب في اعتبار هذا الدليل الشرعي ، من الأدلة المختلف فيها لدى الأصوليين والفقهاء •

وجوه الاختلاف :

ذكرنا : أن الأئمة الأربعة قد اتفقوا على اعتبار العرف في بناء الأحكام الشرعية ، كما رأينا ذلك من خلال ما ذكروه من المسائل في كتبهم ، وهذا الاتفاق منهم على العمل بالعرف على وجه الإجمال لا على وجه التفصيل ، حيث وجدت مسائل فرعية كثيرة مبناها العرف ، ومع ذلك وجد لهم اختلاف فيها • وقد أشرنا إلى أن هذا الاختلاف : إما لاختلاف العرف نفسه ، أو لاختلافهم في وجوده ، أو لاضطراب العرف وعدم اطراده •

وذكرنا أيضاً أن هذا الخلاف قد يكون منشؤه أحياناً اختلافهم في بعض مسائل العرف ، وهذه بعض النقاط التي لها صلة بموضوع العرف ، ولم تكن محل وفاق بين الفقهاء •

أ ـ تعارض العرف واللغة :

١ ـ العرف القولي :

ذكر الأستاذ أبو سنة أن الأصوليين حكوا الاتفاق على أن العرف يخصص العام ويقيد المطلق ، وتترك له حقيقة اللفظ إذا كان عرفاً قولياً[١] ، وذكر أن الشافعية لم يتفقوا على هذا الرأي في كل الفروع ، ونقل ما ذكره السيوطي في الأشباه والنظائر تحت عنوان : فصل في تعارض العرف واللغة ، من أن في ذلك وجهين في المقدم منهما : أحدهما : وإليه ذهب القاضي حسين : الحقيقة اللفظية عملا بالوضع اللغوي • والثاني : وعليه البغوي : الدلالة العرفية لأن العرف يحكم في التصرفات ، سيما في الأيمان •

ونقل عن الرافعي أنه قال : يتبع مقتضى اللغة تارة ، وذلك عند ظهورها وشمولها ،وهو الأصل ، وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد •

وذكر السيوطي أمثلة : منها ما اعتبر فيه العرف ، ومنها ما قدمت فيه اللغة[٢]•

أقول : ولعل خلافهم هذا إنما هو في العرف القولي إذا كان خاصاً ، فقد ذكر النووي ما يدل على اعتبار العرف العام مطلقاً ، حيث قال في المجموع [١١/٣٢٦] : فاعتبار العرف العام لاشك فيه في تقييد اللفظ المطلق ، كما لو قال : اشتر لي دابة ، لم يشتر إلا ذوات الأربع • هـ

وكذلك الأمر عند الحنابلة ، لم يكن العرف مقيداً ومخصصاً مطلقاً ، فقد ذكر ابن قدامة تفصيلا في تعارض العرف واللغة خلاصته : أن الأسماء تنقسم أقساماً :

١ ـ ماله مسمى واحد : كالرجل والمرأة ، فينصرف اللفظ إلى مسماه •

٢ ـ ماله موضوع شرعي وموضوع لغوي : كالصلاة والصوم ، فيصرف اللفظ إلى المعنى الشرعي •

---

(١) انظر تبصرة الحكام ٥٧/٢ وما بعدها (باب القضاء بالعرف والعادة) .

(٢) انظر العرف والعادة : ٩٠ ، ١٢٢ ، وانظر الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٠٣ ـ ١٠٥ .

٣ ـ ماله موضوع حقيقي ومجاز لم يشتهر : كالأسد والبحر ، فيصرف اللفظ إلى الحقيقة •

٤ ـ الأسماء العرفية : وهي أقسام :

أ ـ ما يغلب على الحقيقة بحيث لا يعلمها أكثر الناس ـ كالظعينة في العرف المرأة ، وفي الحقيقة الناقة التي يظعن عليها أي يسافر ـ فيصرف اللفظ إلى المجاز دون الحقيقة •

ب ـ ما يخص عرف الاستعمال بعض الحقيقة بالاسم ، ويشتهر التخصيص بها ـ كالدابة للخيل والبغال والحمير ـ فيصرف اللفظ إلى ما اشتهر التخصيص به ، ويحتمل أن يتناول اللفظ الحقيقة، كاللحم والبيت، قد يتناول السمك والمسجد•

جـ ـ أن يكون اللفظ والاسم عاماً ، لكن أضيف إليه فعل لم تجر العادة إلا في بعضه ، أو اشتهر في البعض دون البعض ـ كالرؤوس والبيض ـ فيصرف اللفظ إلى الاسم العام •[المغني : ٩/٦٠٨ ـ ٦١١] •

٢ ـ وأما العرف العملي :

فقد ذكر الأستاذ أبو سنة اتفاق الفقهاء على أنه يقضي على اللفظ المطلق ويقيده ويقدم عليه ، فقد قال : اتفق علماء اللغة والأصول على أن العرف القولي والعملي يقضيان على اللفظ إذا كان مطلقاً ، وذكر لذلك أمثلة •

وأما إذا كان اللفظ عاماً : فذكر أن الحنفية يقولون بتخصيص العرف للعام ، ويخالفهم في ذلك الجمهور ، وناقش أدلة القائلين والمانعين ، ورجح القول بتخصيص العرف للعام •

كما ناقش الأستاذ الفاضل : مذهب المالكية في تخصيص العام بالعرف ، ونقل عن فقهائهم ما يؤكد العمل به ، حيث قال ، بعد ذكر قول القرافي في عدم التخصيص بالعرف : ولكن جمهور فقهاء المالكيين على أن العرف العملي يخصص ويقيد ، قال شمس الدين الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير جـ ٢ ص ١٤٣ : وذكر ابن عبد السلام أن ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف وإن كان فعلياً ، ونقل الوانوغي

عن الباجي : أنه صرح بأن العرف الفعلي يعتبر مخصصاً أيضاً • وفي القلشاني : لا فرق بـين القولي والفعلي في ظاهر مسائل الفقهاء • ثـم فصل مذهب الحنفية في ذلـك [1] •

هذا ما ذكره الأستاذ الفاضل في تقييد المطلق وتخصيص العام بالعرف ، دون تفريق فيما : إذا كان العرف عاماً أو خاصاً والذي يؤخذ من كلام النووي : أن العرف العملي ــ إذا كان عاماً ــ قيد المطلق وخصص العام ، أما إذا كان خاصاً : فلا اعتبار به في تخصيص ولا تقييد •

قال في المجموع [١١/٣٢٦ ، ٣٢٧] : وقد أطلق الأصوليون أن العادة الفعلية لا تعتبر ، فلا تخصص عاماً ولا تقيد مطلقاً ، كما إذا حلف لا يأكل خبزاً ، ولا يلبس ثوباً ، فيحنث بأكل خبز الشعير ولبس الكتان وإن كانت عادته أن لا يأكل إلا القمح ولا يلبس إلا الحرير • والمراد هنا العادة الخاصة •

ويوضح ذلك قوله : وأما العوائد الفعلية : فإن كانت خاصة فلا اعتبار بها ، وإن عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها ، وذكروا لها أمثلة ، منها :

تنزيل الدراهم المرسلة في العقود على النقد الغالب ، فإن هذه العادة أوجب اطرادها فهم أهل العرف ذلك النقد من اللفظ ، فالرجوع في ذلك إلى ما يفهمه أهل العرف من اللفظ إلى العادة • هـ

هذا ما ذكره النووي ، والذي يفهم من كلام السيوطي في الأشباه والنظائر وما ساقه من أمثلة : أن العرف العملي الخاص إذ كان مستمراً مطرداً فالظاهر اعتباره كالعام في تقييد المطلق وتخصيص العام ، قال : إنما تعتبر العادة إذا اطردت ، فإن اضطربت فلا ، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف • ثم ذكر فروعاً ، منها :

البطالة في المدارس ، سئل عنها ابن الصلاح فأجاب : بأن ما وقع منها في رمضان ونصف شعبان لا يمنع من الاستحقاق ، حيث لا نص فيه من الواقف على اشتراط الاشتغال في المدة المذكورة ، وما يقع منها قبلهما يمنع ، لأنه ليس فيها عرف مستمر،

---

(١) العرف والعادة : ٩١ وما بعدها و ١٢٣ وما بعدها •

ولا وجود لها قطعاً في أكثر المدارس والأماكن ، فإن سبق بها عرف في بعض البلاد واشتهر غير مضطرب فيجري فيها في ذلك البلد الخلاف : في أن العرف الخاص هل ينزل في التأثير منزلة العرف العام ؟ والظاهر تنزيله في أهله بتلك المنزلة .

قال : ومنها : المدارس الموقوفة على درس الحديث ، ولا يعلم مراد الواقف فيها ، هل يدرس فيها علم الحديث الذي هو معرفة المصطلح : كمختصر ابن الصلاح ونحوه ، أو يقرأ متن الحديث ؟ كالبخاري ومسلم ونحوهما ، ويتكلم على ما في الحديث من فقه وغريب ولغة ومشكل واختلاف ، كما هو عرف الناس الآن ، وهو شرط المدرسة الشيخونية كما رأيته في شرط واقفها ؟

وقد سأل شيخ الإسلام أبو الفضل بن حجر شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي عن ذلك ، فأجاب : بأن الظاهر اتباع شروط الواقفين ، فإنهم يختلفون في الشروط ، وكذلك اصطلاح أهل كل بلد ، والشام يلقون دروس الحديث كالشيخ المدرس في بعض الأوقات بخلاف المصريين ، فإن العادة جرت بينهم في هذه الأعصار بالجمع بين الأمرين ، بحسب ما يقرأ فيه من الحديث[1] .

ومن حصيلة كلام النووي والسيوطي يتلخص لدينا أن العرف العملي ـ إذا كان عاما ، أو خاصا مطردا ـ قيد المطلق وخصص العام عند الشافعية أيضا .

ومما يتعلق بمبحث تعارض اللغة والعرف موضوع الأيمان ، حيث اشتهر في أقوال الفقهاء أن الأيمان مبناها على العرف ، وما ذكرناه من خلاف في تعارض العرف واللغة ينطبق ـ على العموم ـ على ما يذكر من خلاف في بناء الأيمان على العرف[2] .

على أنهم اجمعوا على أن النية لها تأثير في صرف اللفظ عن ظاهره في الأيمان .

قال الشافعي : وإنما جوابنا في هذه الأيمان كلها إذا حلف لانية له ، إنما خرجت منه بلا نية ، فأما إن كانت اليمين بنية فاليمين على ما نوى .

---

(١) الأشباه والنظائر : ١٠١ ـ ١٠٢ .

(٢) العرف والعادة : ١٥٧ .

وقال في الشرح الكبير : وخصصت نية الحالف لفظه العام وقيدت لفظه المطلق •

وقال الخرقي : ويرجع في الأيمان إلى النية •

وقال الأستاذ أبو سنة : وبناؤها على العرف عند الحنفية مشروط بأمرين أيضاً : الأول أن لا ينوي الحالف ما يحتمله كلامه ، فإن نوى صدق ديانة •

وذكر المالكية والحنابلة أمراً آخر ــ يقيد اللفظ ويخصصه في الأيمان ــ سموه بساط اليمين ، وهو السبب المثير لليمين •

قال ابن قدامة : فإن لم ينو شيئاً رجع إلى سبب اليمين وما هيجها •

وقال في الشرح الكبير : ثم إن عدمت النية ، أو لم تضبط ، خصص وقيد بساط يمينه ، وهو السبب الحامل على اليمين ، إذ هو مظنة النية •

قال الدسوقي في الحاشية :

يجري البساط في جميع الحلف ... وهو المثير لليمين فاعرف
إن لم يكن نوى وزال السبب ... وليس ذا لحالف يتتسب[1]

ب ــ تعارض العرف والنص :

بحث الأصوليون في تعارض العرف مع النصوص الشرعية فذكروا حالتين :

١ ــ الأولى : أن يكون العرف قائما حال ورود النص ، وهنا يجرى الخلاف في تقييد مطلق النص وتخصيص عامه بالعرف ، على ما ذكرناه في تعارض اللغة والعرف ، لأنه يعم ألفاظ اللغة ، سواء أكانت نصوصا شرعية أم غيرها •

٢ ــ الحالة الثانية : أن يكون العرف المعارض للنص حادثا بعد وروده ، وفي هذه الحالة ــ إذا لم يمكن رد العرف إلى أصل من أصول الشرع ــ اتفق العلماء على رد هذا العرف وعدم اعتباره •

---

(١) الأم : ٦٥/٧ ، الشرح الكبير : ١٣٦/٢ ــ ١٤٠ مع الحاشية ، المغني ٥٦٤/٩ العرف والعادة : ١٥٧ •

هذا إذا لم يكن التعارض من كل وجه ، كما إذا كان النص مطلقا ، أو عاما .

أما إذا كان التعارض من كل وجه ، كأن يكون النص مقيدا أو خاصا : فالجمهور على عدم اعتبار هذا العرف ، لأن من شروط اعتبار العرف أن لا يكون مخالفا لأدلة الشرع من كل وجه .

وخالف في هذا الإمام أبو يوسف رحمه الله تعالى : فيما إذا كان النص الشرعي مبنيا على العرف ، فإنه يعتبر العرف ولو صادم النص ، لأنه لا يعد مصادما له ، بل هو عمل به واتباع .

قال ابن عابدين : فإن قلت : قد روي عن أبي يوسف اعتبار العرف في هذه الأشياء المنصوصة ــ حتى جوز التساوي بالكيل في الذهب ، وبالوزن في الحنطة إذا تعارفه الناس ــ فهذا اتباع العرف ، اللازم منه ترك النص ، فيلزم أن يجوز عنده ما شابهه من تجويز الربا ونحوه ، للعرف ، وإن خالف النص ؟

قلت : حاشالله أن يكون مراد أبي يوسف ذلك ، وإنما أراد تعليل النص بالعادة ، بمعنى أنه إنما نص على البر والشعير والتمر والملح بأنها مكيلة ، وعلى الذهب والفضة بأنها موزونة ، لكونهما كانا في ذلك الوقت كذلك ، فالنص في ذلك الوقت إنما كان للعادة ، حتى لو كانت العادة في ذلك الوقت وزن البر وكيل الذهب لورد النص على وفقها ، فحيث كانت العلة هي المنظور إليها ، فإذا تغيرت تغير الحكم، فليس في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص، بل فيه اتباع النص[1].

جـ ــ تنزيل العرف منزلة الشرط :

١ ــ من الثابت الشائع لدى الحنفية : أن الشيء المعتاد والمتعارف لدى الناس في المعاملات يلزم المتعاقدين ، كما لو نص عليه نصا صريحا في العقد . ولقد جعلوا هذا المعنى قاعدة ثابتة ، وعبروا عنها بألفاظ مختلفة . فقالوا : الثابت بالعرف

---

(١) نشر العرف : ٨ وانظر : العرف والعادة : ٦١ ، ٩٠ ــ ١٠١ ، المدخل الفقهي العام : ٨٧١/١ ، ضوابط المصلحة : ٢٨٦ .

كالثابت بالنص ، وقالوا : المعلوم بالعرف كالمشروط بالنص . وقالوا : المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، وقالوا : المعتاد كالمشروط . إلى غير ذلك من الألفاظ التي تدل على تقعيد هذا المعنى وتقريره عندهم[1] . وبنوا عليها الفروع المتعددة : كبيع المعاطاة ، واستصناع الصناع دون شرط الأجرة وغيرها .

٢ ــ والذي يظهر من الفروع : أن هذه القاعدة مقررة لدى المالكية ، وأنه قد شاع عندهم تنزيل العادة منزلة الشرط ، فمن ذلك :

أ ــ ما ذكره ابن فرحون في تبصرة الحكام فقال : وفي سماع ابن القاسم : سئل مالك عن الناكح يلزمه أهل المرأة هدية العرس ، وجل الناس تعمل به عندنا ، حتى إنه لتكون فيه الخصومة ، أترى أن يقضى به ؟ . قال : إذا كان ذلك قد عرف من شأنهم ، وهو عملهم ، لم أر أن يطرح ذلك عنهم ، إلا أن يتقدم فيه السلطان ، لأني أراه أمرا قد جروا عليه . هـ

فالملاحظ هنا : أنه قد نزل عرفهم في هدية العرس منزلة اشتراطها على الزوج في عقد الزواج .

ب ــ ومنه أيضا : ما ذكره عن أحكام ابن سهل : في امرأة أسلفت زوجها ثلاثين دينارا ذهبا ، وأنظرته بها خمسة أعوام ، ثم طلقها بعد عام ونصف من تاريخ السلف ، فزعمت أنها إنما أسلفته وأنظرته استدامة لعصمتها معه ، ورجاء في حسن صحبته لها ــ وكان التحاكم عند ابن بقي ــ فشاور في ذلك ، فأفتى ابن عتاب : القول قول المرأة فيما ادعته من ذلك ، وتحلف ، ثم تأخذ حقها منه حالا ، وبذلك أفتى الشيخ فيها قبل هذا : أن القول قولها مع يمينها ، إذ هو الظاهر من أمر النساء أنهن إنما يفعلن ذلك لذلك ، فهو كالعرف الذي يصدق فيه من ادعاه[2] .

وهذا أيضا يقرر لنا : أن العرف عندهم ينزل منزلة الشرط .

---

(١) نشر العرف : ٣ ، العرف والعادة : ١٦٩ .

(٢) تبصرة الحكام : ٢/٦١ ــ ٦٢ .

جـ ــ ومن ذلك أيضا : أنه يشترط ــ عند المالكية ــ تعجيل الأجر في الإجارة إذا كان معينا ، كثوب بعينه ، فإن شرط تأجيله فسدت الإجارة ، لأنه يلزم عنه بيع الدين بالدين ، وهو باطل • وكذلك تفسد الإجارة عندهم ــ في حال كون الأجر معينا ــ إذا جرى العرف بتأجيله ، وإن لم يشرطه ، تنزيلا للعرف منزلة الشرط[1] •

د ــ ومن هذا القبيل أيضا : أن الجعاله تجوز ــ عند المالكية ــ بكل ماتجوز به الإجارة ، إلا أنه إذا كان العمل الذي جعل عليه الجعل كثيرا ــ كإبل شردت أو عبيد أبقت ، أو سلع كثيرة يبيعها ــ وشرط أنه لا يستحق شيئا من المسمى إلا بجميع العمل ، فإن الجعالة لا تجوز ، وكذلك إذا لم يشرط هذا وإنما جرى به العرف •

فإذا شرط الجاعل : أنه يستحق على كل جزء من العمل ينجزه أجره بحسابه جازت الجعالة ، وكذلك إذا جرى العرف بهذا • قال في الشرح الكبير : فإن شرط ، أو جرى العرف ، بأن ما باعه أو اشتراه فله بحسابه ، جاز[2] •

وهذا ــ أيضا ــ تنزيل للعرف منزلة الشرط •

وأما الحنابلة : فهم ــ أيضا ــ يقولون بهذا ، قال ابن قدامة ، في بيان استحقاق الصناع الأجر وإن لم يشرطوه : إن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول[3] • وهذا صريح في أن العرف ينزل منزلة الشرط عندهم •

٤ ــ وأما الشافعية : فقد ذكر السيوطي في الأشباه والنظائر أن في ذلك وجهين : والأصح في المذهب : أنها لا تعتبر ، وكذلك ذكر الإمام النووي رحمه الله تعالى •

قال في الأشباه والنظائر : العادة المطردة في ناحية ، هل تنزل عادتهم منزلة الشرط ، فيه صور • هـ • وذكر فروعا ، حكى فيها قولين في المذهب : أصحهما أن ، المعتاد لا يكون كالشرط •

(١ــ٢) الشرح الكبير : ٣/٤ ، ٦٤ .

(٣) المغني : ٤١٥/٥ .

ومن هذه الصور : لو دفع ثوبا ــ مثلا ــ إلى خياط ليخيطه ، ولم يذكر أجرة وجرت عادته بالعمل بالأجرة ، فهل ينزل منزلة شرط الأجرة ؟ خلاف ، والأصح في المذهب : لا •

وقال في المجموع : في بيــع الثمار : قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على شرط التبقية ، لأنها المعتاد • فلو كان في البلاد الشديدة البرد كرم لا تنتهي ثمارها إلى الحلاوة ، واعتاد أهلها قطع الحصرم ، ففي بيعها وجهان :

أ ــ عــن الشيخ أبي محمد : أنه يصح من غير شرط القطع ، تنزيلا لعاداتهم الخاصة منزلة العادات العامة ، فيكون المعهود كالمشروط •

ب ــ وامتنع الأكثرون من ذلك ، ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة • قال : وهذا الخلاف يجري فيما إذا جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون •

وقال : ومن نظائر ذلك : ما إذا جرت عادة شخص بأن يرد أجود مما استقرض ، فالمذهب جواز إقراضه ، وفيه وجه •

ثم قال : وهذه مسائل كلها متقاربة المأخذ ، والمخالف في بعضها لعله يخالف في الباقي • هـ

وظاهر كلام السيوطي والنووي : أن الخلاف في أن العرف لا ينزل منزلة الشرط : إذا كان خاصا ، وأما إذا كان عاما : فالظاهر أنه يعتبر كالمشروط بالنص • وذلك يفهم من تعليلهم للجواز والمنع بقولهم : تنزيــلا لعاداتهم الخاصة منزلــة العادات العامة ، وقولهم : ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة • وقد قال النووي رحمه الله تعالى ، بعد تفصيله الكلام في العرف والعادة : ثم أشار الإمام ــ أيضا ــ إلى تخريج مسألة قطع العنب حصرما على خــلاف الأصحاب : في أن الشيء النادر إذا طرد ــ كدم البراغيث في بعض الأصقاع ــ هل يعطى حكم العام فيعفى عنه ؟ وقطف العنب حصرما في غاية الندور ، فإن فرض اطراد عادة بقعة به فهو على ذلك الندور[1] •

---

(1) الأشباه والنظائر : ١٠٦ ، المجموع : ١١/٣٢٤ ، ٣٢٧ •

الدليل الشرعي على اعتبار العرف (دليل اعتبار العرف) :

استدل العلماء على اعتبار العرف بالكتاب والسنة :

١ ـ أما الكتاب ، فقوله تعالى : « خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين[1] » /الأعراف : ١٩٩/ • قال ابن عابدين [نشر العرف : ٣] : واعلم أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقوله سبحانه وتعالى : « خذ العفو وأمر بالعرف » •

قال الأستاذ أبو سنة [العرف والعادة : ٢٣]: والظاهر ــ والله أعلم ــ أنه يعني ــ أي ابن عابدين ــ بهذا البعض شهاب الدين القرافي المالكي ، فإنه قال في الفروق في جواب قول الشافعي : فيما إذا اختلف الزوجان في متاع البيت : إن القول لمن شهدت له البينة ، ما نصه : لنا قوله تعالى : « خذ العفو وأمر بالعرف » • فكل ما شهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية ، إلا أن يكون هناك بينة • وقال : وقد تابعه في هذا علاء الدين الطرابلسي صاحب معين الحكام فقال : الباب الثامن والعشرون في القضاء بالعرف والعادة ، قال الله تعالى : « خذ العفو وأمر بالعرف » الآية • ثم قال : أقول : وهذا الاستدلال مبني على أن المراد بالعرف في الآية الكريمة عادات الناس ، وما جرى تعاملهم به ،فحيث أمر الله نبيه ﷺ بالأمر به ،دل ذلك على اعتباره في الشرع ، وإلا لما كان للأمر به فائدة • هـ

وقال الأستاذ الزرقاء [المدخل الفقهي : ١/١٠٩] : ولا يخفى أن العرف في هذه الآية واقع على معناه اللغوي ، وهو الأمر المستحسن المألوف ، لا على معناه الاصطلاحي الفقهي ، ولكن توجيه هذا الاستدلال هو : أن العرف ــ وإن لم يكن مرادا به في الآية المعنى الاصطلاحي ــ قد يستأنس به في تأييد اعتبار العرف بمعناه الاصطلاحي ، لأن عرف الناس في أعمالهم ومعاملاتهم هو مما استحسنوه

---

(١) قال الرازي في تفسيره : قال أهل اللغة : العفو : الفضل وما اتى من غير كلفة ، وقال : والعرف والعارفة والمعروف : هو كل أمر عرف انه لابد من الإتيان به ، وأن وجوده خير من عدمه . التفسير الكبير : ١٥/٩٥ .

وألفته عقولهم ، والغالب أن عرف القوم دليل على حاجتهم إلى الأمر المتعارف ، فاعتباره يكون من الأمور المستحسنة • هـ

٢ ــ وأما السنة : فقوله ﷺ : (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن)• قال السيوطي في الأشباه والنظائر [٩٩] : القاعدة السادسة : العـادة محكمة ، قال القاضي : أصلها قوله ﷺ : (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن) • وقال : قال العلائي : ولم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا ــ ولا بسند ضعيف ــ بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال ، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفا عليه ، أخرجه أحمد في مسنده [٣٦٠١/٥] • هـ

قال الأستاذ أبو سنة [العرف والعادة : ٢٤] : استدل به جلال الدين السيوطي الشافعي في أشباهه ، وزين الدين بن نجيم الحنفي في أشباهه أيضا ، وكثير مـن الفقهاء في بعض الفروع التي استند فيها إلى العرف ، كوقف المنقول والاستصناع • قال : وممن نسب هذا الحديث إلى النبي ﷺ العيني في شرح الهداية ، والفخر الرازي في التفسير الكبير • وقال : ووجه الأخذ لاعتبار العرف من الحديث : أنه إذا كان كل ما رآه المسلمون مستحسنا قد حكم بحسنه عند الله فهو حق لا باطل فيه ، لأن الله لا يحكم بحسن الباطل ، فإذا كان العرف من أفراد مـا استحسن المسلمون كان محكوما بحقيته واعتباره •

هذا ما استدل به معظم العلماء(١) •

٣ ــ ولقد سلك الشاطبي في الموافقات مسلكا آخر ، مبينا أنه : لا يستقيم إقامة التكليف إلا باعتبار العوائد الجارية ، وذكر أربعة وجوه للدلالة على ذلك :

أ ــ أن الشارع قد اعتبر العادات ــ التي هي وقوع المسببات عن أسبابها العادية ــ ورتب عليها أحكاما : فشرع القصاص ، والنكاح ، والتجارة ، وغيرها ، لأنها أسباب للانكفاف عن القتل وبقاء النسل ونماء المال عادة •

---

(١) وانظر مناقشة الاستدلال بهذين الدليلين العرف والعادة : ٢٤ ــ ٢٦ •

قال [٢٨٦/٢] : فالعادة جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة كقوله تعالى : « ولكم في القصاص حياة » /البقرة : ١٧٩/ . فلو لم تعتبر العادة شرعا لم يتحتم القصاص ولم يشرع ، إذ كان يكون شرعا لغير فائدة ، وذلك مردود بقوله « ولكم في القصاص حياة » .

وكذلك البذر سبب لنبات الزرع ، والنكاح سبب للنسل ، والتجارة سبب لنماء المال عادة ، كقوله : « وابتغوا ما كتب الله لكم » /البقرة : ١٨٧/ . « وابتغوا من فضل الله » / الجمعة : ١٠ / . « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم » /البقرة : ١٩٨/ . وما أشبه ذلك مما يدل على وقوع المسببات عن أسبابها دائما ، فلو لم تكن المسببات مقصودة للشارع في مشروعية الأسباب لكان خلافا للدليل القاطع ، فكان ما أدى إليه باطلا . هـ

قال الأستاذ دراز في تعليقه على الموافقات : أي فلو لم تكن هذه العادات معتبرة شرعاً ، لما رتب الشارع عليها شرعية الأسباب التي نيطت بها تلك العادات ، لكن هذه الآيات وما أشبهها دليل قاطع على أنه رتب الأحكام عليها ، فتكون معتبرة شرعاً . اهـ .

ب ــ أن ورود الكاليف بميزان واحد في الخلق يدل على أن الشارع اعتبر العادات المطردة فيهم ، ولو لم يعتبرها لما كان هناك مانع من اختلاف التشريع ، واختلاف الخطاب .

قال [٢٨٧/٢] : ووجه ثان وهو ما تقدم في مسألة العلم بالعاديات ، فإنه جار ههنا . اهـ . وماتقدم في ذلك [٢٧٩/٢] هو قوله : إن الشرائع بالاستقراء إنما جيء بها على ذلك ، ولنعتبر بشريعتنا ، فإن التكاليف الكلية فيها بالنسبة إلى من يكلف من الخلق موضوعة على وزان واحد ، وعلى مقدار واحد ، وعلى ترتيب واحد ، لا اختلاف فيه بحسب متقدم ولامتأخر ، وذلك واضح في الدلالة علىأن موضوعات التكاليف ــ وهي أفعال المكلفين ــ كذلك . وأفعال المكلفين : إنما تجري على ترتيبها إذا كان الوجود باقياً على ترتيبه ، ولو اختلفت العوائد فيالموجودات لاقتضى

ذلك ، اختلاف التشريع ، واختلاف الترتيب ، واختلاف الخطاب ، فلا تكون الشريعة على ماهي عليه ، وذلك باطل . اهـ .

جـ ــ أن مصالح العباد لاتتحقق إلا باعتبار عاداتهم المطردة ، والشارع قــد جاء باعتبار المصالح فيلزم القطع باعتباره للعوائد .

قال [٢/٢٨٧] : ووجه ثالث ، وهو أنــه لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح ، لزم القطع بأنه لابد من اعتباره للعوائد ، لأنه إذا كان التشريع على وزان واحد ، دل على جريان المصالح على ذلــك ، لأن أصل التشريع سبب المصــالح ، والتشريع دائم ــ كما تقدم ــ فالمصالح كذلك ، وهو معنى اعتبــاره للعادات في التشريع . اهـ .

د ــ أن الكليف إذا لم تعتبر فيه العوائد كان تكليفاً بما لا يطاق ، وذلك باطل شرعــاً .

قال [٢/٢٨٨] ووجه رابع : وهو أن العوائد لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف مالايطاق ، وهو غير جائز أو غير واقع ، وذلك أن الخطاب : إما أن يعتبر فيه العلم والقدرة على المكلف به وما أشبه ذلك من العاديات المعتبرة في توجه التكليف ، أو لا ، فإن اعتبر فهو ما أردنا ، وإن لم يعتبر فمعنى ذلك أن التكليف متوجه على العالم والقادر وعلى غير العالم والقادر ، وعلى من له مانع ومن لامانع له ، وذلك عين تكليف مالايطاق ، والأدلة على هذا المعنى واضحة كثيرة . اهـ .

٤ ــ وأما ابن القيم رحمه الله تعالى : فقد استدل ــ لتغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد ــ بأمثلة كثيرة وردت عن النبي ﷺ وعن الصحابة رضي الله عنهم ، وعن الأئمة المجتهدين ، كلها قد راعت اختلاف الأحوال والأزمان والعادات ، ولقد أسهب في بيان ذلك وتفصيله في كتابه إعلام الموقعين فيما يزيد عن ثمانين صفحة منه ، نذكر لك بعضاً منها :

قال رحمه الله تعالى [٣/١٧] : المثــال الثاني : أن النبي ﷺ نهى أن تقطع الأيدي في الغزو . [رواه أبو داود : ٤٤٠٨] فهذا حد من حدود الله تعالى ، وقد

نهى عن إقامته في الغزو ، خشية أن يترتب عليه ماهو أبغض إلى الله من تعطيله أو تأخيره ، من لحوق صاحبه بالمشركين حمية وغضباً •

وقال [٤١/٣] المثال السابع : أن المطلق في زمن النبي ﷺ وزمن أبي بكر وصدراً من خلافة عمر ، كان إذا جمع الطلقات الثلاث بفم واحد جعلت واحدة ، كما ثبت ذلك في الصحيح عن ابن عباس ، فروى مسلم في صحيحه [١٠٩٩/٢] عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس : كان طلاق الثلاث ــ على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر ــ طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر بن الخطاب : إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم •

وقال في تعليل ذلك [٤٧/٣] : ولكن رأى أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه أن الناس قد استهانوا بأمر الطلاق ، وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة ، فرأى من المصلحة عقوبتهم بإمضائه عليهم ، ليعلموا أن أحدهم إذا أوقعه جملة بانت منه المرأة وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره •

وقال : فهذا مما تغيرت به الفتوى لتغير الزمان ، وعلم الصحابة رضي الله عنهم حسن سياسة عمر وتأديبه لرعيته في ذلك فوافقوه على ما ألزم به ، وصرحوا لمن استفتاهم بذلك •

وقال [٩٢/٣] المثال التاسع : الإلزام بالصداق الذي اتفق الزوجان على تأخير المطالبة به ، وإن لم يسميا أجلاً ، بل قال الزوج : مائة مقدمة ومائة مؤخرة ، فإن المؤخر لايستحق المطالبة إلا بموت أو فرقة ، هذا هو الصحيح ، وهو منصوص أحمد ، فإنه قال في رواية جماعة من أصحابه : إذا تزوجها على العاجل والآجل لايحل الآجل إلا بموت أو فرقة • اهـ •

ثم ذكر أقوال الأئمة في هذا ، وقال ــ مرجحاً لقول أحمد ــ [٩٣/٢] : وهذا محض القياس والفقه ، فإن المطلق من العقود ينصرف إلى العرف والعادة عند المتعاقدين ، كما في النقد والسكة والصفة والوزن ، والعادة جارية بين الأزواج بترك المطالبة بالصداق إلا بالموت أو الفراق ، فجرت العادة مجرى الشرط •

٥ ــ ذكر الأستاذ عبد الوهاب خلاف [مصادر التشريع : ١٤٦] أن الدليل على اعتبار العرف الصحيح أمران :

أ ـ أن الشارع الإسلامي قد راعى في تشريعه عرف العرب في بعض أحكامه : فوضع الدية على العاقلة ، واشترط الكفاءة في الزواج ، وبنى الولاية في الزواج على العصبية ، وكذلك الإرث •

ب ـ أن مايتعارفه الناس من قول أو عمل يصير من نظام حياتهم ومن حاجاتهم، فإذا قالوا أو كتبوا فإنما يعنون المعنى المتعارف لهم ، وإذا عملوا فإنما يعملون على وفق ما تعارفوه واعتادوه ، وإذا سكتوا عن التصريح بشيء فهو اكتفاء بما يقضي به عرفهم • اهـ •

٦ ـ طريقة الأستاذ أبي سنة في الاستدلال للعرف :

سلك الأستاذ أبو سنة طريقة خاصة في الاستدلال لاعتبار العرف ، فإنه حصر استعمالات الفقهاء للعرف بأربعة أنواع ، وذكر دليل اعتبار كل نوع منها ، وهذه الأنواع هي :

أ ـ العرف الذي يكون دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً :

وهذا النوع من العرف إنما مرده إلى الأدلة الشرعية الصحيحة ، مثل السنة التقريبية أو الإجماع العملي أو دلالة الإجماع ، أو المصلحة المرسلة ، أو أصل الإباحة •

ب ـ العرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث :

والأصل في اعتبار هذا النوع نصوص عن الشارع منها :

ـ قوله تعالى: « فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم » / المائدة : ٨٩ / • فقد أحال سبحانه في بيان إطعام العشرة مساكين على الوسط من الطعام المتعارف ، فكانت إحالته للبيان في هذا الحكم المطلق على العرف •

ـ قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » / البقرة : ٢٣٣ / • والمراد بالمعروف : ما يكفي الوالدات في العرف من القوت والملبس ، مع رعاية حال الأزواج •

ـ قوله ﷺ لهند امرأة أبي سفيان : (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) [البخاري : ٩/٨٩] • وقوله في خطبته في حجـة الوداع : (ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف) [أبو داود : ١/٤٤٢] • ومعنى المعروف في الحديثين : هو القدر الذي علم بالعادة أنه الكفاية •

فهذه النصوص تدل على أن الشارع قد اعتبر العرف مرجعاً في تطبيق الأحكام المطلقـة •

جـ ـ العرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف :

والأصل في اعتبار هذا النوع :

ـ حديث عروة بن أبي الجعد البارقي رضي الله عنه أن النبي ﷺ أعطـاه ديناراً ليشتري له به شاة ، فاشترى له به شاتين ، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشـاة ، فدعـا له بالبركة في بيعه ، وكان لـو اشترى التراب لربـح فيـه • [أبو داود : ٢/٢٢٩] في هذا التصرف من عروة رضي الله عنه اعتماد منه على الإذن العرفي ، فإن مما جرى به العرف أن الوكيل مأذون في مخالفة الموكل إلى خير مما أمر به ، لأنه من مقصده وإن لم يصرح به •

ـ الاتفاق على صحة بعض التصرفات اعتماداً على ما جرى به العرف ، كدخول الحمام مع عدم التصريح بعقد إجارة ، وتناول الضيف الطعام المقدم له ، واعتبار رضى البكر بسكوتها ، والدخول على من زفت إليه ليلة العرس دون بينة على أنهـا زوجته ، فهذا كله اتفاق من الأئمة على أصل اعتبار هذا النوع من العرف •

د ـ العرف القولي :

ودليل اعتباره الاتفاق على التخصيص والتقييد بالعرف القولي • ولأن مرجع العرف القولي إلى استعمال اللفظ في معنى جديد وهجر الحقيقة ، ولأن المتكلم بالألفاظ التي يراد معانيها التي وضعت لها عرفاً يقصد ذلك بكلامه •

هذا ملخص ما ذكره الأستاذ أبو سنة في استعمالات العرف وأدلة اعتبارها • [العرف والعادة : ٢٦ ـ ٥٥]

شرائط اعتبار العرف :

إن اعتبار الفقهاء للعرف ليس مطلقاً دون قيد أو شرط ، بل هو مشروط بأمور ــ إذا لم تتوفر ــ فقد العرف اعتباره وأصبح غير صالح لبنـــاء الأحكام الشرعية عليه ، وتتلخص هذه الشرائط بما يلي :

١ ــ أن يكون العرف مطرداً أو غالباً :

أي أن يكون العمـــل به ــ لدى متعارفيه ــ مستمراً في جميـــع الحـــوادث لا يتخلف في واحدة منها ، وهذا هو معنى الاطراد • أو أن يكون العمل به جارياً في أكثر الحوادث إذا لم يكن في جميعها ، وهذا هو معنى الغلبة •

قال السيوطي في الأشباه والنظائر [١٠١] : إنما تعتبر العادة إذا اطردت ، فإن اضطربت فلا ، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف • اهـ •

هذا وقد يعبر ــ أحياناً ــ عن هذا الشرط بالعموم فيقال : يشترط في العرف أن يكون عاماً ، ويراد بالعموم عندها : أن يكون شائعاً مستفيضاً بين أهله بحيث يعرفه جميعهم في جميع البلاد أو في بلد خاص • ولا يكون المراد بالعموم العرف العام ، لأن هذه الشريطة واردة في العرف العام والخاص على السواء • قـــال ابن عابدين [نشر العرف : ٢٨] : أعلم أن كلاً من العرف العام والخاص إنما يعتبر إذا كان شائعاً بين أهله يعرفه جميعهم •

٢ ــ أن يكون موجوداً عند إنشاء التصرف :

أي أن يكون العرف المراد تحكيمه ، والذي يحمل عليه التصرف ، موجوداً ومعمولاً به وقت إنشاء هذا التصرف ، وذلك بأن يكون حدوث العرف سابقاً على حدوث التصرف ، ثم يستمر إلى زمانه فيقارن حدوثه • لأن العرف إنما يؤثر فيما يوجد بعده لا فيما مضى قبله ، ويستوي في ذلك العرف القولي والعملي •

قال السيوطي في الأشباه والنظائر [١٠٦] : العرف الذي تحمل عليه الألفاظ ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر •

٣ ـ أن لايعارض العرف تصريح بخلافه :

أي أن لايوجد من المتعاقدين عند إنشاء التصرف تصريح منهما بقول يفيد عكس ما جرى به العرف ، ومثل القول العمل الذي يدل على ذلك •

وهذا الشرط يختص بالعرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف ، والذي تعبر عنه القاعدة المشهورة في عرف المعاملات : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً •

فإذا صرح المتعاقدان بما يدل على خلاف العرف صح ذلك ، وكان العمل بما صرحا به لازماً دون العرف القائم •

قال ابن عبد السلام [قواعد الأحكام : ٢/١٨٦] : كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح •

٤ ـ أن لايكون العرف مخالفاً لادلة الشرع :

أي أن لايكون العمل بالعرف فيه تعطيل لحكم ثابت بنص شرعي ، أو أصل قطعي من أصول الشريعة ، فإذا كان كذلك فلا اعتبار عندئذ للعرف ، وهذا الشرط يفهم من الكلام عن معنى العرف المعتبر لدى الأصوليين •

٥ ـ أن يكون العرف عاماً في جميع البلاد :

والظاهر أن هذا القيد ـ كما قال الأستاذ أبو سنة ـ إنما هو خاص بالعرف الذي يخصص العام ويقيد المطلق • وبالتالي لايكون من باب الشروط ، وإنما يدخل في بحث التخصيص بالعرف [١] •

٦ ـ أن يكون ملزماً :

بمعنى أنه يتحتم العمل بمقضاه في نظر الناس •

وهذا الشرط ذكره الأستاذ أبو سنة ، وذكر له أمثلة من الفقه المالكي والحنفي [١] •

---

(١) انظر : العرف والعادة : ٥٦ ـ ٦٨ ، المدخل الفقهي العام : ٨٦٣ ـ ٨٧٠

الفصل الثاني

أثر العرف

وفيه المسائل الآتية :

١ ـ بيع المعاطاة .

٢ ـ البيع على البرنامج .

٣ ـ بيع الثمار بعد ظهور بعضها .

٤ ـ بيع الثمار بعد الصلاح بشرط التبقية .

٥ ـ بيع الثمار قبل بدو الصلاح دون شرط القطع .

٦ ـ بيع الثمار مطلقاً وقد جرى العرف بتركها .

٧ ـ المعيار في أموال الربا .

٨ ـ عقد الاستصناع .

٩ ـ استحقاق الصناع الاجر دون شرط .

١٠ ـ حكم نماء الرهن وزوائده .

١١ ـ رهن الثمرة دون الأصل .

١٢ ـ الحرز في السرقة .
أ ـ الدار المشتركة .
ب ـ متاع الزوجين .
ج ـ الأمتعة في الأسواق .
د ـ السرقة من القبور .

١٣ ـ ما يحنث به في الأيمان :
أ ـ ما يحنث به في الحلف على البيت .
ب ـ ما يحنث به في الحلف على اللحم .

١٤ ـ ما يجزىء كسوة في كفارة اليمين .

لقد مر معنا أن المذاهب الفقهية متفقة ــ على وجه الإجمال ــ على اعتبار العرف ــ بضوابطه وشرائطه ــ مدركاً من مدارك الأحكام الشرعية •

ومر بنا أيضا أنه رغم اتفاقهم على اعتباره فقد وجدت فروع فقهية كثيرة مبناها على العرف ، وكان لهم اختلاف فيها ، وذلك ــ كما قلنا ــ إما لاختلاف العرف نفسه ، أو لاختلافهم في وجوده وعدمه ، واطراده واضطرابه ، وإما لاختلافهم في بعض مسائله ومدى سلطانه • وقد ذكرنا بعض وجوه الاختلاف بينهم •

وهكذا نجد ــ على أي حال ــ أن اعتبار العرف دليلاً شرعياً ، ومصدراً من مصادر التشريع كان له أثر في الفقه الإسلامي ، حيث وجد الكثير من المسائل العملية والفروع الفقهية المختلف فيها بين المذاهب ، وكان سبب هذا الاختلاف ــ في الظاهر ــ هو اعتبار العرف دليلاً من أدلة الأحكام •

وسأعرض ــ إن شاء الله تعالى ــ في هذا الفصل بعض المسائل والفروع التي انبنت على الخلاف في هذا الدليل على وجه الإجمال •

المسألة الأولى : بيع المعاطاة :

صورة المسألة أن يدفع المشتري ثمن المبيع للبائع ، ويأخذ المبيع عن تراض منهما دون أن يحصل بينهما إيجاب وقبول لفظاً •

اختلفوا في صحة هذا البيع :

١ ــ ذهب أحمد رحمه الله تعالى : إلى صحة هذا البيع مطلقاً ، وبه قال المالكية ، وهو الأصح عند الحنفية ، والمختار لدى الشافعية •

قال ابن قدامة [المغني : ٤٨١/٣] : المعاطاة : مثل أن يقول : أعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه ، فهذا بيع

صحيح نص عليه أحمد فيمن قال لخباز : كيف تبيع الخبز ؟ قال : كذا بدرهم ، قال : زنه وتصدق به ، فإذا وزنه فهو عليه • اهـ •

وجاء في الشرح الكبير [٢/٢ ـ ٣] : ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة ، بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه ، من غير تكلم ولا إشارة ، ولو في غير المحقرات • اهـ •

وقال في تنوير الأبصار [٥٠٤/٤ ـ ٥١٣] : ويكون ـ البيع [1] ـ بقول أو فعل : أما القول فالإيجاب والقبول ، ثم قال : وأما الفعل فالتعاطي في خسيس ونفيس ـ ولو من أحد الجانبين ـ على الأصح • اهـ •

وقال النووي [المجموع : ١٧١/٩] : واختار جماعات من أصحابنا جواز البيع بالمعاطاة فيما يعد بيعا • وقال : وكان الروياني يفتي به ، وقال المتولي : وهذا هو المختار للفتوى • وكذا قاله آخرون ، وهذا هو المختار •

٢ ـ وذهب الشافعية ـ على المشهور في المذهب ـ أنه لايصح البيع بالمعاطاة مطلقاً •

قال في المجموع [١٧١/٩] : المشهور من مذهبنا أنه لايصح البيع إلا بالإيجاب والقبول ، ولا تصح المعاطاة في قليل ولا كثير ، وبهذا قطع المصنف [2] والجمهور •

٣ ـ وذهب الكرخي من الحنفية إلى جواز هذا البيع في الأشياء الخسيسة ، كالبقل والبيض وما شابهه •

قال في الهداية [٧٧/٥] : ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس ، هو الصحيح • قال في الفتح : قوله هو الصحيح : احتراز من قول الكرخي : إنه إنما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط •

---

(١) لفظة البيع ليست من النص وإنما هي توضيح مني .

(٢) ابو إسحق الشيرازي صاحب المهذب .

الأدلــة :

١ ــ عمدة القائلين بصحة هذا البيع ــ حيثما قالوا بصحته ــ العرف ، حيث إن البيع قد ورد الشرع بحله مطلقاً ، ولم يثبت أنه اشترط فيه لفظاً ولم يبين كيفيته ، فيرجع في ذلك إلى العرف •

قال ابن قدامة [المغني : ٤٨١/٣] : ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته ، فوجب الرجوع فيه إلى العرف ، كما رجـع إليه في القبض والإحـراز والتفرق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، وقال : لأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ، ولم ينقل إنكاره قبل مخالفينا ، فكان ذلك إجماعاً • وقال : ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي ، فإذا وجد مايدل عليه من المساواة والتعاطي قام مقامهما ، وأجزأ عنهما ، لعدم التعبد فيه •

وقال الدسوقي في حاشيته [٣/٢ ــ ٤] : والحاصل أن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضى عرفاً ، وقال : وإن كان دال الرضى معاطاة ، وفاقاً لأحمد •

وقال ابن الهمام في توجيـه قول الكرخي [فتح القدير : ٧٧/٥] : وأراد بالخسيس الأشياء المحتقرة ، كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحساناً للعادة • ثم قال : وجه الصحيح : أن المعنى ــ وهو دلالة الرضى ــ يشمل الكل ، وهـو الصحيح ، فلا معنى للتفصيل • ثم ذكر أمثلة عن شرح الجامع الصغير يبين صحة التعاطي مطلقاً في الخسيس والنفيس •

وقال النووي [المجموع : ١٧٢/٩] : لأن الله تعالى أحل البيع ولم يثبت في الشرع لفظ له ، فوجب الرجوع إلى العرف ، فكل ماعده الناس بيعاً كان بيعاً كما في القبض والحرز وإحياء الموات ، وغير ذلك من الألفاظ المطلقة ، فإنها كلها تحمل على العرف • ولفظة البيع مشهورة ، وقد اشتهرت الأحاديث عن النبي ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم في زمنه وبعده • ولم يثبت في شيء منها مع كثرتها اشتراط الإيجاب والقبول والله أعلم •اهـ •

٢ ــ عمدة المشهور ــ في مذهب الشافعي رحمه الله تعالى ــ أن الشارع شرط الرضى لصحة البيع ، وهو أمر خفي لايعرف إلا بالإيجاب والقبول •

قال في مغني المحتاج [٢/٣] : وإنما احتيج في البيع إلى الصيغة ، لأنه منوط بالرضى ، لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » / النساء : ٢٩ / • ولقوله ﷺ :(إنما البيع عن تراض) صححه ابن حبان (١) • والرضا أمر خفي لايطلع عليه ، فأنيط الحكم بسبب ظاهر وهو الصيغة ، فلا ينعقد بالمعاطاة ، إذ الفعل لايدل بوضعه • اهـ •

والظاهر أن القائلين بهـذا : يرون أن هذا دليل كاف في بيان كيفيـة البيع واشتراط الصيغة •

وعلى هذا لا يندرج في قولهم : كل ما ورد به الشرع مطلقا ، ولا ضابط له فيه ولا في اللغة ، يرجع فيه إلى العرف ، لأنه لم يرد مطلقا ، وإنما لـه دليل خاص ، ولا يرجع إلى العرف إلا حيث لا دليل سواه ، ولكن السيوطي اعتبر هذه المسألة خروجا عن القاعدة فقال [الأشباه والنظائر : ١٠٩] : وخرجوا عن ذلك في مواضع لم يعتبروا فيها العرف ، مع أنها لا ضابط لها في الشرع ولا في اللغة ، منها : المعاطاة على أصل المذهب ، لا يصح البيع بها ، ولو اعتيدت ، لا جرم أن النووي قال : المختار الراجح دليلا الصحة ، لأنه لم يصح في الشرع اعتبار لفظ ، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ • اهـ •

المسألة الثانية : البيع على البرنامج (٢) :

اختلف الأئمة في بيع الأعيان الغائبة ، وهي التي لم يرها المتعاقدان ، سواء أكانت حاضرة أم غائبة •

١ ــ ذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى : إلى أنه يصح بيع الغائب ، سواء أكان موصوفا أو غير موصوف ، وإنما لا يلزم البيع ، ويثبت للمشتري خيار الرؤية ، سواء أوجده على صفة وصفت له أم لا •

---

(١) انظر زوائد ابن حبان : ٢٧١ عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٢) البرنامج : الورقة المكتوب فيها ما في العدل او الظرف .

قال في الهداية [٥/١٣٧] : ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز ، وله الخيار إذا رآه : إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء رده • قال في الفتح : سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها • اهـ •

٢ ــ وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أنــه يصح البيع : إذا كان المبيــع موصوفا ، ويلزم المشتري إذا وجده على الصفة ، وهذا ما يسمى عند مالك بالبيع على البرنامج • وأما إذا لم يوصف المبيع لم يصح البيع •

والذي ذهب إليه مالك رحمه الله تعالى هو ظاهر مذهب أحمد رحمه الله تعالى•

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/١٥٤] : وقال مالك وأكثر أهل المدينة : يجوز بيع الغائب على الصفة ، إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته • وقال : وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم •

وجاء في الموطأ [٢/٦٧٠] : قال مالك : في الرجل يقدم له أصناف من البز ، ويحضره السوام ، ويقرأ عليهم برنامجه ويقول : في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية، وكذا وكذا ريطة سابرية ، ذرعها كذا وكذا ، ويسمي لهم أصنافا من البز بأجناسه ، ويقول : اشتروا مني على هذه الصفة ، فيشترون الأعدال على ما وصف لهم ، ثم يفتحونها فيستغلونها ويندمون • قال مالك : ذلك لازم لهم ، إذا كان موافقا للبرنامج الذي باعهم عليه[1] •

وقال ابن قدامة [المغني : ٤٩٤ ، ٤٩٦] وفي بيع الغائب روايتان : أظهرهما أن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه • وقال : وإذا وصف المبيع للمشتري ، فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم ، صح بيعه في ظاهر المذهب • وقال : إذا ثبت هذا ، فإنه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ •

٣ ــ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى في قولــه الجديد ــ وهو الأصح في المذهب ــ إلى أنه لا يصح مطلقا •

---

(١) انظر في شرح الألفاظ الغريبة ص ٢٥٦ حاشية .

جاء في الأم [٢٠٤/٧] : سألت الشافعي عن بيع الساج المدرج والقبطية، وبيع الأعدال على البرنامج، على أنه واجب بصفة أو غير صفة؟ قال : لا يجوز من هذا شيء إلا لمشتريه الخيار إذا رآه . قال الربيع [الأم : ٣/٣] : قد رجع الشافعي عن خيار الرؤية وقال : لا يجوز خيار الرؤية[1] .

وقال النووي [المجموع : ٣١٧/٩] في بيع الأعيان الحاضرة التي لم تر قولان مشهوران :

قال في القديم والإملاء والصرف من الجديد : يصح . وقال في الأم والبويطي وعامة الكتب الجديدة : لا يصح . ثم قال : وهو الأصح، وعليه فتوى الجمهور من الأصحاب، وعليه يفرعون فيما عدا هذا الموضع، ويتعين هذا القول، لأنه الآخر من نص الشافعي، فهو ناسخ لما قبله .

الأدلـة :

١ ــ حجة الحنفية :

ــ السنة : وهي : قوله عليه الصلاة والسلام : (من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه : إن شاء أخذه، وإن شاء تركه)[2] . ذكر ابن الهمام : أن هـذا الحديث مرسل، وقال : والمرسل حجة عند أكثر أهل العلم . قال صاحب العناية : وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض .

ــ المعقول : وهو أن الجهالة بعـدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة مـع وجود الخيار، فإنه إذا لم يوافقه رده، وإذا كان كذلك فلا ضرر، لأنه إنما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار إذا رآه، وعلى هذا لا يتناوله النهي عن بيع الغرر .
[الهداية وشروحها : ١٣٨/٥]

---

(١) الساج : نوع من الثياب بشكل معين كان معروفاً لديهم .
المدرج : الموضوع داخل وعائه، أو الملفوف .
القبيطية : نوع من الثياب .

(٢) اخرجه الدارقطني مرسلا عن مكحول، وقال عنه : ضعيف، ومرفوعا عن أبي هريرة رضي الله عنـه، وقال : هذا باطل لا يصح، وإنما يروى عن ابن سيرين موقوفا من قوله (٤/٣) .

٢ ـ وحجة القائلين بعدم صحته مطلقا (وهم الشافعية) :

ـ حديث أبي هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ (نهى عن بيع الغرر) [مسلم : ٣/١١٥٣] وفي هذا البيع غرر فلا يصح •

ـ أنه نوع بيع ، فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع ، قياسا على السلم •

ـ لأنه في معنى الملامسة والمنابذة في الغرر ، وقد ورد النهي عنهما •

جاء في الأم [٧/٢٠٤] : سألت الشافعي عن بيع الساج المدرج ، والقبطية ، وبيع الأعدال على البرنامج ، على أنه واجب بصفة أو غير صفة ؟ قال : لا يجوز من هذا شيء إلا لمشتريه الخيار إذا رآه •

قلت : وما الحجة في ذلك ؟ قال : أخبرنا مالك عن محمد بن يحيى بن حبان وعن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة : أن رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة[(١)] • فقلت للشافعي : فإنا نقول في الساج المدرج والقبطي المدرج : لا يجوز بيعهما ، لأنهما في معنى الملامسة ، ونزعم أن بيع الأعدال على البرنامج يجوز ؟ قال الشافعي رحمه الله : فالأعدال التي لا ترى أدخل في معنى الغرر المحرم من القبطية والساج يرى بعضه دون بعض ، ولأنه لا يرى من الأعدال شيء ، وأن الصفقة تقع منها على ثياب مختلفة •

وقال : فإن قلتم : إنما أجزناه على الصفة ، فبيوع الصفات لا تجوز إلا مضمونة على صاحبها بصفة يكون عليه أن يأتي بها بكل حال ، وليس هكذا بيع البرنامج ، أرأيت لو هلك المبيع ، أيكون على بائعه أن يأتي بصفة مثله ؟ فإن قلتم : لا ، فهذا لا بيع عين ولا بيع صفة • اهـ [وانظر مغني المحتاج : ٢/١٨]

وبهذا احتج الحنابلة للقول بعدم صحة بيع مالم يوصف • [المغني : ٣/٤٩٥]

---

(١) الملامسة : أن يجعل المتعاقدان لمس المبيع أو الثمن موجباً للعقد بدل الإيجاب والقبول ، والمنابذة : أن يجعلا نبذ أحدهما ـ أي إلقاءه ـ موجباً لذلك .

٣ ـ وعمدة مالك رحمه الله تعالى في صحة البيع على الصفة ولزومه :

أن الصفة تنوب عن الرؤية ، وأن مثل هذا البيع ينتفي عنه الغرر لجريان العرف به .

جاء في الموطأ [٢/٦٦٧] : قال مالك : وبيع الأعدال على البرنامج مخالف لبيع الساج في جرابه ، والثوب في طيه ، وما أشبه ذلك ، فرق بين ذلك الأمر المعمول به ، ومعرفة ذلك في صدور الناس ، وما مضى من عمل الماضين فيه ، وأنه لم يزل من بيوع الناس الجائزة ، والتجارة بينهم التي لا يرون بها بأسا ، لأن بيع الأعدال على البرنامج على غير نشر لا يراد به الغرر ، وليس يشبه الملامسة . اهـ .

والشافعي ينكر جريان هذا العرف ، قال في الأم [٧/٢٠٤] : قلت للشافعي : إنما نفرق بين ذلك لأن الناس أجازوه ؟ قال الشافعي رحمه الله تعالى : ما علمت أحدا يقتدى به في العلم أجازه .

ودعم هذا القول عند مالك أن العمل عليه في المدينة. قال في الموطأ [٢/٦٧٠]: وهذا الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا ، يجيزونه بينهم إذا كان المتاع موافقا للبرنامج ولم يكن مخالفا له .

وعلى هذا نجد أن عمدة مالك رحمه الله تعالى في هذه المسألة العرف وعمل أهل المدينة، وكل منهما حجة عنده في بناء الأحكام.[وانظر بداية المجتهد : ٢/١٥٥]

وعمدة الحنابلة في هذا القول القياس على السلم ، فهو بيع بالصفة ، فيصح كما يصح السلم ، ولذلك لا يصح عندهم البيع بالصفة فيما لا يصح السلم فيه .

وكذلك حجتهم في لزوم هذا البيع ـ إذا وجد على الصفة ـ قياسه على المسلم فيه ، فإنه لا خيار فيه إذا سلمه على الصفة المعقود عليها ، فكذلك هنا إذا سلم المعقود عليه بصفاته . [المغني : ٣/٤٩٦]

المسألة الثالثة : بيع الثمار بعد ظهور بعضها :

اختلفوا في ذلك :

١ ـ ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى أنه لا يجوز ذلك ، سواء في

الثمار التي لها أصول ثابتة ــ كالتمر والعنب ــ وما ليس له أصول ثابتة ــ كالقثاء والبطيخ ــ وهو ما يسمى بالرطبة على الأصول • وهذا ظاهر المذهب عند الحنفية •

قال في الأم [٣/٥٦] : وقت بيع جميع ما يؤكل من ثمر الشجر : أن يؤكل من أوله الشيء ويكون آخره قد قارب أوله ، كمقاربة ثمر النخل بعضه لبعض ، فإذا كان هكذا حل بيع ثمرته الخارجة فيه مرة واحدة • والشجر منه الثابت الأصل كالنخل لا يخالفه في شيء منه ــ إلا في شيء سأذكره ــ يباع إذا طاب أولــه : الكمثرى والسفرجل والأترج والموز وغيره ، إذا طاب منــه الشيء الواحد فبلغ أن ينضج بيعت ثمرته تلك كلها •

قال : وقد بلغني أن التين في بعض البلدان ينبت منه الشيء اليوم ، ثم يقيم الأيام ، ثم ينبت منه الشيء بعد ، حتى يكون ذلك مرارا ، والقثاء والخربز حتى يبلغ بعضه • وفي موضعه من شجر القثاء والخربز مالم يخرج فيه شيء ، فكان الشجر يتفرق مع ما يخرج فيه ، ولم يبع مالم يخرج فيه • فإن كان لا يعرف لم يجز بيعه ، لاختلاط المبيع منه بغير المبيع ، فيصير المبيع غير معلوم ، فيأخذ مشتريه كله ، أو ما حمل مما لم يشتر ، فإن بيع وهو هكذا فالبيع مفسوخ •

وقال : فينظر من القثاء والخربز في مثل ما وصفت من التين : فإن كان ببلد يخرج الشيء منه في جميع شجره ، فإذا ترك في شجره لتتلاحق صغاره خرج من شجره شيء منه ، كان كما وصفت في التين : إن استطيع تمييزه جاز ما خرج أولا ، ولم يدخل ما خرج بعده في البيع • وإن لم يستطع تمييزه لم يجز فيــه البيع ، بما وصفت •

وقال : وإن حل بيع ثمرة من هذا الثمر ــ نخل أو عنب أو قثــاء أو خربز أو غيره ــ لم يحل أن تباع ثمرتها التي تأتي بعدها بحال[1] • اهـ •

---

(١) الكمثرى : الإجاص . الاترج : نوع من الحمضيات . الخربز : البطيخ .

وقال الخرقي [المغني : ٤/٧٠] : ولا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان وما أشبهه إلا لقطة لقطة • قال ابن قدامة : وجملة ذلك : أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول ، لم يجز إلا بيع الموجود منها دون المعدوم • وقال : مالم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعا لما خلق • اهـ •

وقال في الدر المختار [٤/٥٥٥] : ومن باع ثمرة بارزة ــ ظهر صلاحها أولا ــ صح ، ولو برز بعضها دون بعضها لا يصح في ظاهر المذهب •

وقال ابن عابدين : قال في الفتح : ولو اشتراها مطلقا ــ أي بلا شرط قطع أو ترك ــ فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع ، لأنــه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز فأشبه هلاكه قبل التسليم • ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيــه للاختلاط ، والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه ، لأنه في يده • وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ ، إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا كما ذكرنا •
[انظر فتح القدير : ٥/١٠٤ ــ ١٠٥]

وعمدة هذا القول :

أن هذا البيع يدخل في بيوع الغرر المنهي عنها ، فهو يدخل في بيع المعدوم ، وبيع مالايملك الإنسان ، وكلاهما منهي عنه • وكذلك يدخل في النهي عن بيع الثمر قبل بدو الصلاح من باب أولى •

قال في الأم [٣/٤١ ــ ٤٣ ، ٥٧] : فإن قال قائل : ما الحجة في ذلك ؟ قلنا : لما نهى رسول الله ﷺ عن بيع السنين ، ونهى عن بيع الغرر ، ونهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه كان بيع ثمرة لم تخلق بعد أولى في جميع هذا •

وقال [٣/٤٣] : وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها لئلا تصيبها العاهة ، فكيف لا ينهى عن بيع مالم يخلق قط وما تأتي العاهة على شجره وعليه في أول خروجه ؟ قال : وهذا محرم من مواضع : من هذا ، ومن بيع السنين ، ومن بيع مالم يملك وتضمين صاحبه ، وغير وجه •

---

(١) انظر في الاحاديث المذكورة والمشار إليها البخاري : ٣/٩٨ ، ١٠١ ، سنن ابي داود (٢/٢٢٦ ، ٢٢٨ ، ٢٥٤) على ان الشافعي رحمه الله تعالى حجة في الحديث .

وقال ـ مناقشا المخالفين ـ فكيف لا يحل مبتدأ بيع القثاء والخربز حتى يبدو صلاحهما ، كما لايحل بيع الثمر حتى يبدو صلاحه ـ وقد ظهرا ورئيا ؟ ويحل بيع مالم ير منهما قط ولا يدري يكون أم لا يكون ؟ ولا إن كان كيف يكون ؟ ولا كم ينبت ؟ .

وقال [٣/٤١] : والسنة يكتفى بها من كل ما ذكر معها غيرها ، فإذا نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمر إلى أن يخرج من أن يكون غضا كله ، فأذن فيه إذا صار أحمر أو أصفر ، فقد أذن فيه إذا بدا فيه النضج واستطيع أكله ـ خارجا من أن يكون كله بلحا ـ وصار عامته منه ، وتلك الحال التي أن يشتد اشتداداً يمنع ـ في الظاهر ـ من العاهة ، لغلظ نواته في عامه ـ وإن لم يبلغ ذلك منه مبلغ الشدة ، وإن لم يبلغ هذا الحد ـ فكل ثمرة من أصل فهي مثله لا تخالفه : إذا خرجت ثمرة واحدة يرى معها ـ كثمرة النخل يبلغ أولها أن يرى فيه أول النضج ـ حل بيع تلك الثمرة كلها ، وسواء كل ثمرة من أصل يثبت أولا يثبت ، لأنها في معنى ثمر النخل إذا كانت كما وصفت : تنبت فيراها المشتري ، ثم لا ينبت بعدها في ذلك الوقت شيء لم يكن ظهر ، لاكمام دونها تمنعها من أن ترى كثمرة النخلة . اهـ .

وقال ابن قدامة [المغني : ٤/٧٠] : ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يجز بيعها ، كما لو باعها قبل ظهور شيء منها ، والحاجة تندفع ببيع أصوله . اهـ .

وقال ابن عابدين [٤/٥٥٥] نقلا عن الزيلعي : وقال شمس الأئمة السرخسي : والأصح أنه لا يجوز ، لأن المصير إلى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ، ولا ضرورة هنا ، لأنه يمكنه أن يبيع الأصول على مابينا ، أو يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده ، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه ، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق ، فلا ضرورة إلى تجويز العقد في المعدوم مصادما للنص ، وهو ما روي أنه عليه الصلاة والسلام : (نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم)[1] . [وانظر نشر العرف : ٣٦]

---

(١) قال في نصب الراية : غريب بهذا اللفظ . وقال : والذي يظهر ان هذا مركب من حديث النهي عن بيع ماليس عندك واحاديث الرخصة في السلم (٤/٤٥) .

٢ ـ وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى ما ذهب إليه الجمهور ـ من القول بعدم الجواز خاصة فيما يمكن تمييز ظهور بعضه عن بعض ، وحجته في ذلك هي حجة الجمهور ـ على ما يظهر من كلام كتب المذهب •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/١٤٨ ـ ١٥١] : بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك ، لأنه من باب النهي عن بيع مالم يخلق ، ومن باب بيع السنين والمعاومة[1] •

وقال : وبدو الصلاح ـ عند مالك في الصنف الواحد من الثمر ـ هو وجود الإزهاء [2] في بعضه لا في كله ، إذا لم يكن ذلك الإزهاء مبكراً في بعضه تبكيراً يتراخى عنه بعض ، بل إذا كان متتابعاً ، لأن الوقت الذي تنجو الثمرة فيه ـ في الغالب ـ من العاهات هو إذا بدا الطيب في الثمرة ابتداء متناسقاً غير منقطع • اهـ

فهذا الكلام صريح في أنه لا يجوز بيع جميعه إذا كان موجوداً ، وصلاح بعضه يتراخى عن صلاح الكل ، وعليه ـ من باب أولى ـ لا يجوز بيع جميعه إذا كان ظهور بعضه يتراخى ويتميز عن الكل •

وقال في الشرح الكبير [٣/١٧٧] : لا يباع بطن ثان ـ مما يطرح بطنين فأكثر ـ قبل بدو صلاحه بأول ، أي ببدو صلاح بطن أول • فمن باع بطناً ببدو صلاحه ، ثم بعد انتهائه أراد أن يبيع البطن الثاني ـ بعد وجوده وقبل بدو صلاحه ـ ببدو صلاح الأول فإن ذلك لا يكفي •

قال في الحاشية : حاصله أن الشجر ـ إذا كان يطعم في السنة بطنين متميزين ـ فلا يجوز أن يباع البطن الثاني بعد وجوده وقبل بدو صلاحه ببدو صلاح البطن الأول ، وهذا هو المشهور •

---

(١) في المصباح : عاملته معاومة من العام ، كما يقال : مشاهرة من الشهر ، ومياومة من اليوم .

(٢) ظهور الحمرة او الصفرة بالثمر .

٢ ــ وأما ما لا يتميز ظهور بعضه عن بعض ــ كالقثاء والبطيخ وما أشبهه ــ فإن مالكاً رحمه الله خالف فيه الجمهور وقال : إنه يجوز ــ إذا ظهر البعض وبــدا صلاحه ــ أن يباع جميعه ، ويكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمرة[1] . والظاهر أن عمدته في هذا عمل أهل المدينة والعرف .

قال في الموطأ [٦١٩/٢] : والأمر عندنا ــ في بيع البطيخ والقثاء ، والخربز والجزر ــ أن بيعه إذا بدا صلاحه حلال جائز ، ثم يكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره ويهلك،وليس في ذلك وقت يؤقت،وذلك أن وقته معروف عند الناس.هـ

وقال في الشرح الكبير [١٧٨/٣] : وللمشتري عند الإطلاق بطون ــ كياسمين وورد وقثاء : كخيار وقثاء وبطيخ وكجميز[2] ــ من كل ما يخلق ولا يتميز بعضه من بعض ، أي يقضي له بذلك ولو لم يشترطه ، ولا يجوز توقيته بكشهر ، لاختلاف حملها بالقلة والكثرة .

وقال : ووجب ضرب الأجل فيما يخلق إن استمر ــ بأن كان كلما قطع منه شيء خلفه غيره ، وليس له آخر ينتهي إليه ــ كالموز في بعض الأقطار . هـ

هذا ولقد ذكر الأستاذ أبو سنة في كتابه [العرف والعادة : ١٢٩] أن مالكاً يقول بالجواز مطلقاً ، ولم يفصل بين ما يتميز وما لا يتميز ، وإن كان كلامه يشير إلى هذا التمييز . وذكر أن حجته في ذلك الضرورة ،إذ لا يمكن إلا على هذا الوجه، لأن تمييز الموجود مما يتلاحق وجوده في غاية العسر ، لايكلف الشارع بمثله .

وهذا الذي ذهب إليه مالك أفتى به المتأخرون من الحنفية ، منهم الحلواني والفضلي ، وعمدتهم في هذا : أنه قد جرى العرف وعادة الناس به ، وفي نزع الناس عن عادتهم حرج .

---

(١) وممن قال بهــذا ابن القيم ، واعتبره في إعلام الموقعين قول الجمهور : ٩/٢ ــ ١٠ .

(٢) التين الذكر (المحيط) .

قال ابن عابدين : وأفتى الحلواني بالجواز ، وزعم أنه مروي عن أصحابنا ، وكذا حكي عن الإمام الفضلي (أبو بكر بن الفضل) ونقل عنه أنه قال : أستحسن فيه لتعامل الناس ، فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ، ولهم في ذلك عادة ظاهرة ، وفي نزع الناس عن عادتهم حرج . هـ

وظاهر كلام الفتح ــ كما قال ابن عابدين ــ الميل إلى الجواز ، حيث قال : وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله ، وهو بيع الورد على الأشجار ، فإن الورد متلاحق ، ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق .

ويميل ابن عابدين رحمه الله تعالى إلى هذا القول ، ويرى أنه من الضرورة تجويزه ، وإلا لزم تحريم أكل الثمار في أكثر البلدان إذ لاتباع إلا كذلك ، ويرى أنه يمكن إلحاقه بالسلم بطريق الدلالة ، فالنبي ﷺ إنما رخص في السلم للضرورة مع أنه بيع المعدوم ، وهنا تحققت الضرورة فيمكن إلحاقه به .

قال الأستاذ أبو سنة : وكون هذا من بيع المعدوم المنهي عنه ، وتصريح ظاهر المذهب ببطلانه ، لا يمنع من صحة ما أفتوا ، لأن العرف ــ كما علمنا ــ يخصص الأدلة ويعدل به عن ظاهر المذهب [1] .

المسألة الرابعة : بيع الثمار بعد الصلاح بشرط التبقية :

اختلفوا في ذلك :

١ ــ ذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى أنه إذا بدا صلاح الثمر جاز بيعه مطلقاً ، وبشرط القطع والترك على الشجر .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١٤٩/٢] : وأما شراء الثمر بعد الزهو فلا خلاف فيه ، والإطلاق فيه عند جمهور فقهاء الأمصار يقتضي التبقية .

وقال النووي [مغني المحتاج : ٨٨/٢] : يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه مطلقاً ، وبشرط قطعه وبشرط إبقائه .

---

(١) انظر : فتح القدير : ١٠٥/٥ ، ابن عابدين : ٥٥٥/٤ نشر العرف : ٣٧ ، العرف والعادة : ١٢٩ ــ ١٣١ .

قال في الأم [٣/٤١ ـ ٤٢] : فإن قيل : فقد يترك الثمر بعد أن يبدو صلاحه ؟ قيل : الثمرة تخالفه في هذا الموضع ، فيكون الثمر إذا بدا صلاحه لا يخرج منه شيء من أصل شجرته لم يكن خرج ، إنما يتزيد في النضج •

وقال الخرقي [المغني : ٤/٦٧] : فإن اشتراها بعد أن بدا صلاحها على الترك إلى الجزاز[1] جاز • قال ابن قدامة : وجملة ذلك : أنه إذا بدا الصلاح في الثمرة جاز بيعها مطلقاً ، وبشرط التبقية إلى حال الجزاز •

٢ ـ وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى : إلى أنه لا يجوز بشرط التبقية ، فإذا شرطها فسد العقد •

قال في الهداية [٥/١٠٢ ـ ١٠٣] : ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع ، وعلى المشتري قطعها في الحال ، وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع • قال : وكذا إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله •

٣ ـ وذهب محمد رحمه الله إلى أنه يجوز بشرط الترك إذا تناهى عظم الثمرة ، ولا يجوز إذا لم يتناه عظمها • قال في الدر المختار [٤/٥٥٦] : وبه يفتى•

الأدلـة :

١ ـ عمدة القائلين بالجواز :

ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ : (نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها) [البخاري : ٣/١٠٠] •

وجه الاستدلال بالحديث : أن النهي وارد على بيع الثمار قبل بدو الصلاح بشرط التبقية ، لأن الجوائح قد تعتريه ، فيأخذ البائع الثمن بدون مثمن ، والجوائح إنما تطرأ في الأكثر على الثمار قبل بدو الصلاح ، وهذا يتحقق إذا تركت ، أما إذا قطعت فلا جوائح •

---

(١) الجزار : قطع الثمر •

قال في الأم : وفي سنن رسول الله ﷺ دلائل ، منها : إذ قال : (إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه) أنه إنما نهى عن بيع الثمرة التي تترك حتى تبلغ غاية إبانها ، لا أنه نهى عما يقطع منها ، وذلك أن ما يقطع منها لا آفة عليه تمنعه ، إنما منع ما يترك مدة تكون فيه الآفة . هـ

وإذا كان النهي عن البيع قبل بدو الصلاح وبشرط التبقية دل الحديث بمفهومه على جواز بيعه بهذا الشرط بعد بدو الصلاح ، وإلا لم يكن بدو الصلاح غاية ولا يكون لذكره فائدة . ويؤيد هذا الاستدلال ما روي في رواية أخرى : أن النبي ﷺ : (نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وتأمن العاهة)[1] فتعليله بأمن العاهة يدل على التبقية ، لأن ما يقطع في الحال لا يخاف عليه العاهة ، وإذا بدا الصلاح فقد أمنت العاهة [2].

٢ ـ عمدة القائلين بالفساد مطلقاً :

ـ أنه شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، لأن مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه ، فهو وشرط القطع سواء ، فكان تركها على النخيل شغل ملك الغير . وأما المنفعة فهي زيادة النمو والنضج .

ـ أن في هذا البيع صفقة في صفقة ، لأنه إن شرط تركه بلا أجرة فهو إعارة في البيع ، وإن شرط تركه بأجرة فهو إجارة في بيع ، وكلاهما منهي عنه .

قال صاحب العناية : وفيه تأمل ، لأن ذلك يكون صفقة أن لو جازت إعارة الأشجار أو إجارتها ، وليس كذلك[3] .

---

(١) أبو داود : ٢٢٧/٢ ولفظه : نهى عن بيع النخل حتى تزهو وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة . [تزهو : يحمر او يصفر] .

(٢) بداية المجتهد : ١٤٩/٢ ، المغني : ٦٧/٤ ، مغني المحتاج : ٨٨/٢ ، الأم : ٤١/٣ ـ ٤٢ .

(٣) ابن عابدين: ٥٥٦/٤ ،الهداية وشروحها : ١٠٢/٥ـ١٠٣ ،نشر العرف: ٣٨ .

٣ ـ **وعمدة من قال بجوازه فيما تناهى عظمه العرف الجاري في هذا** •

قال في الهداية : واستحسنه محمد رحمه الله للعادة • قال صاحب العناية : وأما محمد فقد استحسن هذه الصورة وقال : لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك ، قال ابن الهمام : وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل ، لأنهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تناهى عظمه ، فهو شرط يقتضيه العقد •

والظاهر ـ عند الحنفية ـ أن الفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى ، حيث قال في الدر المختار : وبه يفتى ، وذكر ابن الهمام أن الطحاوي اختاره لعموم البلوى[1] •

المسألة الخامسة : بيع الثمار مطلقا قبل بدو الصلاح :

اختلفوا فيما لو باع ثمرة قبل أن يظهر صلاحها ، ولم يقيد العقد بشرط القطع ولا بشرط الترك ، هل يصح هذا العقد ؟

١ ـ ذهب مالك ـ في المشهور عنه ـ والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى أنه لا يصح العقد •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/١٤٩] : واختلفوا إذا ورد البيع مطلقاً في هذه الحال ـ أي قبل بدو الصلاح ـ هل يحمل على القطع وهو الجائز ، أو على التبقية الممنوعة ؟ ••• قال : والمشهور عن مالك أن الإطلاق محمول على التبقية •

وقال في الشرح الكبير [٣/١٧٧] : لا بيعه ـ أي لا يصح بيع الثمر ـ منفرداً قبل بدو صلاحه على شرط التبقية ، أو على الإطلاق من غير بيان جذ[2] ولا تبقية ، فلا يصح •

وقال النووي [المنهاج : ٢/٨٨] : وقبل الصلاح : إن بيع منفرداً عن الشجر لا يجوز إلا بشرط القطع • وقال في المجموع [١١/٣٢٢] في حالات البيع قبل

(١) المراجع السابقة .

(٢) قطع للثمر .

الصلاح : القسم الثالث : أن يبيعها مطلقاً لا بشرط القطع ولا بشرط التبقية ، فمذهبنا أن البيع باطل •

وقال ابن قدامة [المغني : ٤/٦٣] في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها : القسم الثالث : أن يبيعها مطلقاً ولم يشترط قطعاً ولا تبقية ، فالبيع باطل •

وعمدة هذا القول هو النهي الوارد عن بيع الثمر قبل بدو الصلاح • وهو ما سبق ذكره عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها [البخاري : ٣/١٠٠][1] •

وجه استدلالهم بالحديث : أن النهي ورد مطلقاً ، فيتناول المطلق والمقيد ، واستثني ما شرط فيه القطع للإجماع على جوازه ، ولمفهوم قوله ﷺ : (أرأيت إن منع الله الثمرة ، بم يأخذ أحدكم مال أخيه) [انظر الأم : ٣/٤١ ـ ٤٢] •

وأيد النووي هذا الاستدلال من وجهين :

ـ أن النهي توجه إلى المعهود من البيوع ، والمعهود من البيع إطلاق العقد دون تقييده بالشرط ، فصار النهي بالعرف متوجهاً إلى المطلق دون المقيد •

ـ أن العرف في الثمار أن تؤخذ وقت الجذاذ ، فصار المطلق كالمشروط التبقية ، وهو ممنوع بالاتفاق [2] •

وهذا ـ كما نرى ـ احتجاج من النووي رحمه الله تعالى في هذه المسألة بالعرف ، وإعمال لقاعدة : المعروف كالمشروط ، لأن هذا العرف عام •

٢ ـ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه يصح البيع ، ويجبر على القطع في الحال • وهذا عندهم سواء فيما بيع قبل بدو الصلاح أم بعده •

قال في الهداية : ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع ، وعلى المشتري قطعها في الحال ، وهذا إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع •

---

(١) ذكر النووي في المجموع أحاديث عدة من رواية خمسة من الصحابة تمنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح : ١١/٣١٧ـ٣١٨ .

(٢) المراجع السابقة .

وحجتهم في هذا أن إطلاق العقد يقتضي القطع ، لأنه هو المأذون فيه ، وحمل العقد على الصحة أولى • [الهداية : ٥/١٠٢ ، ابن عابدين : ٥٥٦]

المسألة السادسة : بيع الثمار مطلقاً وقد جرى العرف بالترك :

إذا باع الثمار مطلقاً دون شرط قطع أو ترك ـ وقد جرى العرف بتركها ـ فبناء على ما سبق في المسألتين السابقتين :

مذهب الأئمة الثلاثة : إن كان قبل بدو الصلاح لا يصح البيع ، وإن كان بعد بدو الصلاح جاز •

وأما مذهب الحنفية: فبناء على القاعدة المقررة عندهم: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، يقتضي هذا العرف أن يكون الترك مشروطاً ، ومقتضى هذا أن يفسد هذا البيع ، لأن بيع الثمار بشرط الترك فاسد عندهم ، سواء كان قبل بدو الصلاح أم بعده • قال في الدر المختار : لو شراها مطلقاً وتركها بإذن البائع طاب له الزيادة ، قال ابن عابدين : ظاهره ولو كان الترك متعارفاً ، مع أنهم قالوا : المعروف عرفاً كالمشروط نصاً ، ومقتضاه فساد البيع وعدم الزيادة فتأمل • هـ

ورجع ابن عابدين في نشر العرف جوازه ، عملا بمدلول العرف الذي أجاز بيع الثمار بعد ظهور بعضها • فإنه قال : وينبغي جوازه بناء على ما مر ، فإنه حيث جاز ـ للعرف ـ بيع المعدوم ـ مع أن بيعه باطل لا فاسد ـ فيجوز البيع مع هذا الشرط بالأولى ، فتأمل ذلك ، واعمل بما يظهر لك ، فإني لا أجزم بما قلته ، لأني لم أر من صرح به ، والفكر خوان • هـ

قال الأستاذ أبو سنة : ويمكن أن يقال : إن العرف الذي جعل ترك الثمار والرطبة شرطاً صريحاً في البيع ، هو بعينه يجعل هذا الشرط متعارفاً ، فيكون بيعاً بشرط متعارف ، فيصح استحساناً ، وتحل الزيادة ، أذن البائع في الترك أو لم يأذن[1] • هـ

---

(١) الهداية : ٥/١٠٢ ،ابن عابدين : ٥٥٦ ،وانظر : نشر العرف والعادة: ١٧١ .

وذلك أن الشرط الفاسد إذا جرى به العرف أصبح صحيحاً ، ويلزم العمل به، ويصح العقد معه استحساناً • [العرف والعادة :١٦٥ ، ونشر العرف : ٣٨]

المسألة السابعة : المعيار في أموال الربا :

الأصل أن المعقود عليه تجب مساواته للبدل إن كانا من الأموال الربوية واتحد جنسهما • والمساواة إنما تكون بالمعيار الشرعي ، وهو الكيل فيما يكال ، والوزن فيما يوزن • فلا يجوز التساوي بالوزن فيما يكال ، ولا بالكيل فيما يوزن • وهذا ما لاخلاف فيه بين الأئمة الأربعة • [العرف والعادة : ١٤٠]

وإنما اختلفوا في تعيين المعيار في كل مال من أموال الربا :

١ ــ ذهب مالك وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن وأبو يوسف ــ في رواية عنه ــ رحمهم الله تعالى إلى : أن ما نص الشارع على أنه مكيل فهو مكيل أبداً ، وما نص على أنه موزون فهو موزون أبداً • وما لم ينص الشارع عليه فالمعتبر فيه ما جرى به عرف الناس في الأسواق في كل بلد •

قال في الشرح الكبير [٥٣/٣] : واعتبرت المماثلة المطلوبة في الربويات بمعيار الشرع ،فما ورد عنه في شيء أنه كان يكال ــ كالقمح ــ فالمماثلة فيه بالكيل لا بالوزن ، وما ورد عنه في شيء أنه كان يوزن ــ كالنقد ــ فالمماثلة فيه بالوزن لا بالكيل ، فلا يجوز بيع قمح بقمح وزناً ، ولا نقد بنقد كيلا •

وإلا يرد عن الشرع معيار معين في شيء من الأشياء فبالعادة العامة : كاللحم فإنه يوزن في كل بلد ، أو الخاصة : كالسمن واللبن والزيت والعسل ، فإنه يختلف باختلاف البلاد ، فيعمل في كل محل بعادته •

وقال في الهداية [٥/٢٨٢ ــ ٢٨٣] وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبداً ، وإن ترك الناس الكيل فيه ، مثل : الحنطة والشعير والتمر والملح • وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون

أبداً ، وان ترك الناس الوزن فيه ، مثل الذهب والفضة • قال : وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس •

٢ ـ وذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى أن ما غلبت عادة الحجاز بكيله أو وزنه في عهد رسول الله ﷺ فهو كذلك أبداً ، وإن أحدث النـاس عرفاً على خلافـه •

وما لم يكن فيه عادة بالحجاز على عهده ﷺ ـ أو كان ولـم يعـرف ـ ففيه وجهـان :

أحدهما : أنه يرد إلى أقرب الأشياء شبهاً به في الحجاز •

الثاني : أنه يراعى فيه عادة بلد البيع • وهذا هو الأرجح لدى الشافعية •

قال في الأم [٣/٧٠] : وأصل الوزن والكيل بالحجاز ،فكل ما وزن على عهد النبي ﷺ فأصله الوزن ، وما كيل فأصله الكيل ، وما أحدث الناس منه مما يخالف ذلك رد إلى الأصل •

قال النووي بعد ذكره هذا النص [المجموع : ١٠/٢١٥] : واتفق الأصحاب على ما قاله الشافعي رحمه الله ، وأنه إن أحدث الناس خلاف ذلك فلا اعتبار به •

وجاء في المجموع : وإن كان مما لا أصل له بالحجاز في الكيل والوزن ،نظرت: فإن كان مما لا يمكن كيله اعتبر التساوي فيه بالوزن ، لأنه لا يمكن غيره •

وإن كان مما يمكن كيله ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يعتبر بأشبه الأشياء به في الحجاز ،فإن كان مكيلا لم يجز بيعه إلا كيلا ، وإن كان موزوناً لم يجز بيعه إلا موزوناً •

والثاني : أنه يعتبر بالبلد الذي فيه البيع •

وإن كان مما يمكن كيله ووزنه ففيه وجهان أيضاً :

قال : والوجه الثاني، وهو الرجوع إلى العادة، قال الرافعي : إنه الأشبه ،وقال

الغزالي : إنه الأفقه . وهو الذي جزم به الماوردي ، وجعل محل الخلاف فيمالاعادة فيه ، أو كانت العادة مستوية فيه [1] .

وقال في المنهاج [٢/٢٤] : وما جهل يراعى فيه عادة بلد البيع .

وقال ابن قدامة [المغني :٦/٤ ١ــ ١٧] : فصل في معرفة المكيل والموزون ، والمرجع في ذلك إلى العرف بالحجاز في عهد النبي ﷺ .

وقال : وما لا عرف له بالحجاز ، يحتمل وجهين :

أحدهما : يرد إلى أقرب الأشياء شبهاً به بالحجاز .

والثاني : يعتبر عرفه في موضعه .

٣ ــ وذهب أبو يوسف رحمه الله تعالى ــ في الرواية الثانية عنه ــ إلى أن المعتبر هو عرف الناس في المنصوص عليه وغيره .

قال في الهداية [٥/٢٨٣] : وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً .

الأدلـة :

١ ــ حجة الجميع في المواطن التي قالوا يرجع فيها إلى العرف ــ ما عدا الرواية الثانية عن أبي يوسف ــ أن المعهود من الشرع في كل ما لم يرد فيه حد معين أنه يرجع إلى العرف ، كالقبض والإحراز والتفريق وغيره .

لأن العرف يكون بمنزلة الإجماع عند عدم النص ، ولا سيما إذا كان عاماً [2] .

٢ ــ واحتج أبو حنيفة ومالك ومن تابعهما : بأن الواجب في المنصوص عليه اتباع النص لا غيره ، ولا عبرة بالعرف الجاري على خلاف النص ، وذلك لأن :

---

(١) المجموع : ١٠/٢٢١ ، ٢٢٤ (بشيء من التصرف) .

(٢) المراجع السابقة المذكورة لدى ذكر النصوص .

ـ العرف يجوز أن يكون على باطل ، والنص بعد ثبوته حق أبداً لا يحتمل أن يكون على باطل .

ـ حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط ،والنص حجة على الجميع .

ـ العرف إنما صار حجة بالنص ، وهو قوله ﷺ : (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)[1] .

وبهذا يثبت أن النص أقوى من العرف ، والأقوى لايترك بالأدنى[2] .

٣ ـ واحتج الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى فيما فيه للحجاز عرف :

أ ـ بما رواه أبو داود [٢/٢٢٠] : عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال : (المكيال مكيال أهل المدينة ، والميزان ميزان أهل مكة) .

ووجه الاستدلال به : أن الرسول ﷺ إنما بعث لبيان الأحكام فيحمل كلامه على ذلك ، وليس المراد أنه لا يكال إلا بكيل المدينة ولا يوزن إلا بوزن مكة ،وإنما المراد أن المرجع في كون الشيء مكيلا أو موزوناً إلى هذين البلدين ، ولأن ما كان مكيلا أو موزوناً في هذين البلدين في زمن النبي ﷺ انصرف التحريم في التفاضل إليه ، فلا يجوز أن يتغير بعد ذلك .

ب ـ أن ما ورد به الشرع مطلقاً ، وليس له حد في الشرع ولا في اللغة ، يرجع فيه إلى العرف والعادة ، وأولى العادات ما كان في زمنه ﷺ . والظاهر أنه ﷺ اطلع على ما كان في زمنه من المعيار ـ في هذين البلدين ـ وأقره ، فأصبح عرف الحجاز ثابتاً بالسنة القولية والتقريرية ، ولا عبرة بعرف الناس على خلاف السنة . [المجموع : ١٠/ ٢١٣ ـ ٢١٦ ، المغني ٤/١٦ ـ ١٧] .

---

(١) مر معنا في أكثر من موضع ، وأنه موقوف على عبد الله بن مسعود رضي الله عنه . (انظر دليل اعتبار العرف) .

(٢) الهداية وشروحها : ٥/٢٨٢ ـ ٢٨٣ .

٤ ـ وحجة القول برد ما لا عرف فيه في الحجاز إلى أقرب الأشياء شبهاً به : أن هذا هو المرجع في الأمور التي يقع فيها الاشتباه ، فالقياس أن ترد إلى أشبه المنصوص عليه بها ، كما يحكم في جزاء الصيد ـ فيما لم يحكم به الصحابة ـ بأشبه الأشياء بما حكمت فيه . وإذا ثبت أن المرجع إلى الحجاز في المعيار ، وليس له فيها أصل فنعتبر ما يشبهه ، محافظة على ذلك ، ولو اعتبرناه ببلده لفات ذلك بالكلية [المجموع : ٢٢٤/١٠ ، المغني : ١٧/٤] .

٥ ـ وحجة الرواية الثانية عن أبي يوسف : أن العرف الطارىء إنما يترك لو قام النص على خلافه ، وما هنا ليس كذلك ؛ لأن نصه ﷺ على المعيار مبني على على العرف الذي كان ، ومعلول به ، حتى لو كان العرف هو الوزن في المكيل ، والكيل في الموزون لورد النص على وفقه ، ولو تغير في حياته ﷺ لتغير النص ، وحيث كان معلولا بالعرف فهو مدار المعيار أبداً ، فإذا تبدل وجب أن يثبت الحكم على وفاقه . [الهداية وشروحها : ٢٨٣/٥ ، العرف والعادة : ١٤١] .

المسألة الثامنة : عقد الاستصناع :

هو أن يطلب من الصانع عمل شيء مادته من عنده ، على وجه خاص ، كما إذا طلب شخص من حذاء أن يصنع له حذاءً ، والجلد وما يلزم من عنده ، ويبين له صفته ومقداره ، ولا يذكر له أجلا ، ويسلم إليه الدراهم أو لا يسلم .
[كشف الأسرار : ٥/٤]

١ ـ ذهب الحنفية إلى صحة هذا العقد ، وعمدتهم في ذلك العرف ، ولذلك قصروا الجواز على ما جرى به التعامل ، ومضى العرف باستصناعه . واعتبروا القول به نوعاً من الاستحسان الثابت بالإجماع العملي .

قال السمرقندي : ثم تفسير الاستصناع : هو عقد على مبيع في الذمة ، وشرط عمله على الصانع . والقياس : أن لا يجوز ، وفي الاستحسان : جائز ، لتعامل الناس ، فلا جرم اختص جوازه بما فيه تعامل ، كما في الخف والقلنسوة والأواني ونحوها ، بعد بيان القدر والصفة والنوع . [تحفة الفقهاء : ٥٣٨/٢]

وقال في الهداية : ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف ، وإن كان لا يعرف فلا خير فيه • ثم قال : وإن استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا ، للإجماع الثابت بالتعامل • قال صاحب العناية : فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل مـن غير نكير ، والقياس يترك بمثله كدخول الحمام • [الهداية وشروحها : ٣٥٤/٥ ـ ٣٥٥]

وقصروا الجواز على ما تعارف الناس استصناعه لأنه معدول به عن القيـاس الذي يقتضي عدم جوازه ، لأنه بيع معدوم ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيـع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم[1] • وهذا ليس بسلم ، لأنه لم يضرب له أجل • [المراجع السابقة]

ولهذا يشترط أن يكون العرف المجوز للاستصناع عرفا عاما ، لأنه مخصص للنص الشرعى • [العرف والعادة : ١٣٣]

واختلفوا فيما إذا ضرب الأجل في هذا العقد : فقال أبو حنيفة رحمـه الله تعالى : ينقلب سلما ويشترط فيه ما يشترط في السلم ، لأنه إذا ذكر الأجـل فيـه يستجمع جميع معاني السلم ، والعبرة للمعنى لا للفظ • وخالفه في ذلك الصاحبان • [المراجع السابقة]

هذا هو رأي الحنفية في هذا العقد ودليلهم فيه •

٢ ـ وأما غيرهم من المذاهب الفقهية المعتمدة : فالمشهور عنهم أنهم لا يقولون بصحة هذا العقد • إلا أن الرجوع إلى كتبهم يبين أنهم يوافقون الحنفية في هذا على وجه الإجمال ، وإن خالفوهم في المسلك وبعض الشروط • فهو يصح عندهم من باب السلم لا البيع ، فيشترط فيه ما يشترط في السلم ، ويفسده ما يفسده •

فعند المالكية : يجوز أن يستصنع السيف أو السرج وما شابهه ، ويشترط في ذلك ما يشترط في السلم عندهم •

---

(١) انظر تخريجه في المسألة الثالثة . ص : ٢٩٤ حاشية ١ .

فقد جاء في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي [٣/٢١٧] : أنه يجوز الشراء من الحداد والنجار والحباك ، وهو سلم يشترط فيه ما يشترط في السلم : من تعجيل رأس المال ، وضرب الأجل ، وعدم تعيين العامل والمعمول منه ، وكذلك استصناع السيف والسرج سلم ، كأن تقول لإنسان : اصنع لي سيفا ، أو سرجا صفته كذا بدينار ، فلا بد من تعجيل رأس المال وضرب الأجل ، وأن لا يعين العامل ولا المعمول منه • هـ

وكذلك الأمر عند الحنابلة : بل ويصح عندهم بلفظ البيع والسلم ، وحالا وإلى أجل ، وإليك من كلامهم ما يدل على هذا :

قال ابن قدامة [المغني : ٤/٢٠٧ ، ٢٠٩ ، ٢١٩] : في تعريف السلم : وهو أن يسلم عوضا حاضرا في عوض موصوف في الذمة إلى أجل ، وهو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع ، وبلفظ السلم والسلف ، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع •

وقال : ويصح السلم في النشاب والنبل ، وقال القاضي : لا يصح السلم فيهما ؛ لأنه يجمع أخلاطا من خشب وعقب وريش ونعل ، فجرى مجرى أخلاط الصيادلة ، ولأن فيه ريشا نجسا ، لأن ريشه من جوارح الطير •

وقال : ولنا أنه مما يصح بيعه ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالبا ، فصح السلم فيه ، كالخشب والقصب ، وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والإحاطة به ، ولا يتفاوت كثيرا ، فلا يمنع ، كالثياب المنسوجة من جنسين • وقد يكون الريش طاهرا ، وإن كان نجسا لكن يصح بيعه ، فلم يمنع السلم فيه كنجاسة البغل والحمار •

وقال : إذا ثبت هذا ، فإنه إن باعه ما يصح السلم فيه حالا في الذمة صح ، ومعناه معنى السلم ، وإنما افترقا في اللفظ • هـ

وأما الشافعي رحمه الله تعالى : فإنه يصح عنده في كل ما ينضبط المقصود منه بالوصف ، سواء أكان حالا أم مؤجلا ، وإنما يشترط فيه تسليم رأس المال في المجلس ، لأنه سلم •

قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأم [٣/١١٦] مبينا ما يجوز من ذلـك ومالا يجوز :

ولا بأس أن يسلفه في : طست أو تور[١] من نحاس أحمر أو أبيض أو شبه[٢] أو رصاص أو حديد ، ويشترطه بسعة معروفة ومضروبا أو مفرغا ، وبصنعة معروفة ، ويصفه بالثخانة أو الرقة ، ويضرب له أجلا كهو في الثياب ، وإذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة والشرط لزمه ولم يكن له رده •

قال : وكذلك كل إناء ـ من جنس واحد ـ ضبطت صفته فهو كالطست والقمقم • قال : ولو كان يضبط أن يكون مع شرط السعة وزن كان أصح ، وإن لم يشترط وزنا صح إذا اشترط سعة ، كما يصح أن يبتاع ثـوبا بصنعة وشي[٣] وغيره بصفة وسعة ، ولا يجوز فيه إلا أن يدفع ثمنه ، وهذا شراء صفة مضمونة ، فلا يجوز فيها إلا أن يدفع ثمنها ، وتكون على ما وصفت •

قال : ولو شرط أن يعمل له طستا من نحاس وحديد ، أو نحاس ورصاص ، لم يجز ، لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهمـا ، وليس هـذا كالصبغ في الثوب لأن الصبغ في ثوبه زينة لا يغيره أن تضبط صفته ، وهذه زيادة في نفس الشيء المصنوع • قال : وهكذا كل ما استصنع •

قال : ولا خير في أن يسلف في قلنسوة محشوة ، وذلك أنه لا يضبط وزن حشوها ولا صفته ، ولا يوقف على حد بطانتها ، ولا تشترى هذه إلا يدا بيد •

ولا خير في أن يسلفه في خفين ، ولا نعلين مخروزين ، وذلك أنهما لا يوصفان بطول ولاعرض ، ولا تضبط جلودهما ، ولا ما يدخل فيهما ، وإنما يجوز في هذا أن يبتاع النعلين والشراكين ويستأجر على الحذو ، وعلى خراز الخفين •

---

(١) إناء كان معروفاً لديهم .

(٢) الشبه من المعادن ما يشبه الذهب في لونه ، وهو ارفع انواع النحاس .

(٣) الوَشيُ : ترقيم الثياب ونقشها .

ولا بأس أن يبتاع منه صحافا أو قداحا ــ من نحو معروف ، وبصفة معروفة ، وقدر معروف من الكبر والصغر والعمق والضيق ــ ويشترط أي عمل ، ولا بأس إن كانت من قوارير[1] ، ويشترط جنس قواريرها ، ورقته وثخانته ، ولو كانت القوارير بوزن مع الصفة كان أحب إلي وأصح للسلف ، وكذلك كل ما عمل فلم يخلط بغيره .

والذي يخلط بغيره النبل ، فيها ريش ونصال وعقب ورُومَة[2] ، والنصال لا يوقف على حده ، فأكره السلف فيه ولا أجيزه .

قال : ولا بأس أن يبتاع آجرا بطول وعرض وثخانة ، ويشترط من طين معروف وثخانة معروفة ، ولو شرط موزونا كان أحب إلي ، وإن تركه فلا بأس إن شاء الله تعالى ، وذلك أنه إنما هو بيع صفة ، وليس يخلط بالطين غيره مما يكون الطين غير معروف القدر منه ، إنما هو يخلطه الماء ، والماء مستهلك فيه ، والنار شيء ليس منه ولا قائم فيه ، إنما لها فيه أثر صلاح ، وإنما باعة بصفة .

ولا خير في أن يبتاع منه لبنا على أن يطبخه ، فيوفيه إياه آجرا ، وذلك أنه لا يعرف قدر ما يذهب في طبخه من الحطب ، وأنه قد يتلهوج[3] ويفسد ، فإذا أبطلناه على المشتري كنا قد أبطلنا شيئا استوجبه ، وإن ألزمناه إياه ألزمناه بغير ما شرط لنفسه . اهـ .

وإنما صح عند الشافعي ، سواء ضرب له أجل أم لم يضرب ، لأنه سلم ــ كما رأينا ــ والسلم لا يشترط فيه الأجل عنده ، وإنما يصح حالا وبأجل .

قال رحمه الله تعالى [الأم : ٣٢/٢] : ولا بأس بالسلف في كل ما أسلف فيه حالا أو إلى أجل ، إذا حل أن يشتري بصفة إلى أجل حل أن يشتري بصفة نقدا .

وقال [الأم : ٨٥/٢] : فالسلف بيع مضمون بصفة ، فإن اختار أن يكون إلى أجل جاز ، وأن يكون حالا ، وكان الحال أولى أن يجوز ، لأمرين :

---

(١) قوارير : جمع قارورة ، وهي إناء من زجاج .

(٢) رومة : غراء يلصق به ريش السهم .

(٣) لا يشوي جيداً ولا يحسن طبخه .

أحدهما : أنه مضمون بصفة ، كما كان الدين مضمونا بصفة •

والآخر : أن ما أسرع المشتري في أخذه كـان من الخروج من الفساد بغرر وعارض أولى من المؤجل • هـ [وانظر مغني المحتاج : ٢/١٠٢ ــ ١٠٩]

وعلى هذا نجد أن عقد الاستصناع في المذاهب الثلاثة ــ على الصفة التي ذكرناها لـدى كل امنها ــ مشروع بمشروعيـة السلم ، وأدلته أدلـة السلم • [انظر العرف والعادة : ١٣١ ــ ١٣٣]

المسألة التاسعة : استحقاق الصناع الأجر :

الأصل في الإجارة أن تكون على منفعة معلومة وأجر معلوم يذكر عند إنشاء العقد ، واختلف العلماء فيما إذا استؤجر الأجير على عمل ، ولم تذكر الأجرة عند العقد ، وقام بالعمل ، هل يستحق الأجر أو لا ؟

وهذا يجرى في استصناع الصناع : كالخياط والصباغ والقصار ، يأتي صاحب الثوب وغيره فيدفعه إلى الصانع دون أن يتعرضا للأجر ، ويقوم الثاني بالعمل •

١ ــ ذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه يستحق أجر المثل ، إذا كان منتصبـا للعمل ، وكان معروفا عنه أنه يعمل بالأجر • وعمدتهم في ذلك أن العرف الجاري في هذا يقوم مقام القول ، عملا بالقاعدة : المعروف عرفا كالمشروط شرطا •

واستحقاق الأجر ــ عند الحنفية ــ إنما هو على قول محمد • قال صاحب البداية [٧/٢١٩] : وإن قال صاحب الثوب : عملته لي بغير أجر ، وقـال الصانع بأجر ، فالقول قول صاحب الثوب ، وقال أبو يوسف : إن كان الرجل حريفا لـه فله الأجر وإلا فلا ، وقال محمد : إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجـر فالقول قوله • [وانظر العرف والعادة : ١٦٩]

وقال ابن قدامة [المغني : ٥/٤١٥] : إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره ، من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر ــ مثل أن يقول : خذ هـذا فاعمله ، وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر ــ وكان الخياط والقصار منتصبين لذلـك، ففعلا ذلك ، فلهما الأجر •

وقال مستدلا لهذا : ولنا أن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول ، فصار كنقد البلد ، وكما لو دخل حماما ، أو جلس في سفينة مع ملاح • وقال : ومتى دفع ثوبه إلى أحد هؤلاء ولم يقاطعه على أجر ، فله أجر المثل • هـ

والظاهر أن المالكية يوافقون الحنفية والحنابلة في هـذه المسألة ، يدل على ذلك تنزيلهم العرف الجاري منزلة الشرط عند العقد في كثير من الفروع الفقهية[1] • وأما بخصوص ما نحن فيه : فقد ذكروا : أنه إذا دفع إنسان شيئا إلى صانع ، وقام هذا بصناعته ، ثم ادعى صاحب الشيء أنه دفعه إليه وديعة ، فالقول قول الصانع ، ويستحق أجرة المثل •

قال في الشرح الكبير [٤/٥٥ ــ ٥٦] : والقول للأجير الصانع فيما بيده أنه استصنع ، وقال ربه : وديعة عندك ، لأن الشأن فيما يدفع للصانع الاستصناع ، والإيداع نادر فلا حكم له • قال في الحاشية : وعندها يستحق أجرة المثل • هـ

هذا إذا كان يدعي أنه دفعها إليه وديعة ــ وواضح أنه لم يذكر أجرة ــ فكيف إذا دفعها ليستصنعها ؟ • فيستحق الأجرة من باب أولى •

٢ ــ وذهب جمهور الشافعية ــ على الأصح المنصوص في المذهب ــ إلى أن الصانع لا يستحق شيئا ويعتبر متبرعا ، لأن صاحب الثوب وغيره لم يلتزم للصانع عوضا ، وطالما أنه لـم يلتزم عوضا فالصانع متبرع ، والمتبرع لا يستحق تعويضا عما تبرع به •

قال السيوطي في الأشباه [١٠٩] : مسألة: استصناع الصناع الجارية عادتهم بالعمل بالأجرة ، لا يستحقون شيئا ، إذا لم يشرطوه في الأصح • ومن أمثلة ذلك : أن يدفع ثوبا إلى خياط ليخيطه ، أو قصار ليقصره ، أو جلس بين يدي حلاق فحلق رأسه أودلاك فدلكه ، أو دخـل سفينة بإذن وسار إلى الساحل • وقال في موطن آخر [١٠٦] : لو دفع ثوبا ــ مثلا ــ إلى خياط ليخيطه ولم يذكر أجرة ، وجرت

---

(١) انظر تبصرة الحكام : ٢/٦١ وما بعدها .

عادته بالعمل بالأجرة ، فهل ينزل منزلة شرط الأجرة ، خلاف ، والأصح في المذهب : لا •

وقال النووي [المنهاج : ٢/٣٥٢] : ولو دفع ثوبا إلى قصار ليقصره أو خياط ليخيطه ففعل ، ولم يذكر أجرة فلا أجرة له • اهـ •

هذا هو قول جمهور الشافعية ، واختار بعضهم ــ منهم ابن عبد السلام والغزالي والروياني والرافعي ــ القول بوجوب أجرة المثل إن كان معروفاً بذلك العمل بأجرة ،كما هو عند الحنفية والحنابلة،عملا بدلالة العرف وإقامته مقام اللفظ•

قال ابن عبد السلام [قواعد الأحكام : ٢/١٢٦] : استصناع الصناع الذين جرت عادتهم بأنهم لا يعملون إلا بالأجرة ، إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة ، كالدلال والحلاق والفاصد والحجام والنجار والحمال والقصار ، فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة ، لدلالة العرف على ذلك •

وقال الخطيب في شرحه على المنهاج [٢/٣٥٢] : وقيل : إن كان معروفا بذلك العمل بأجرة فله أجرة المثل • وقال : وقد يستحسن هذا الوجه ، لدلالة العرف على ذلك وقيامه مقام اللفظ ــ كما في نظائره ــ وعلى هذا عمل الناس • وقال الغزالي : إنه الأظهر ، وقال الشيخ عز الدين : إنه الأصح ، وحكاه الروياني في الحلية عن الأكثرين وقال : إنه الاختيار ، وقال في البحر : وبه أفتي ، وأفتى به خلائق من المتأخرين • اهـ •

وقال السيوطي بعد ذكره الأصح في المذهب : واستحسن الرافعي مقابله •

المسألة العاشرة : حكم نماء الرهن وزوائده :

اتفق العلماء على أن نماء الرهن وزوائده هي للراهن ، متصلة كانت أو منفصلة واختلفوا في الزوائد المنفصلة ــ كالثمر وولد الحيوان ــ التي تحدث في يد المرتهن، هل تدخل في الرهن وتكون رهنا كالأصل أولا ؟ •

١ ــ ذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أنه لا يدخل شيء من الزوائد

المنفصلة في الرهن ، وإنما هي خارجة عنه ، ومن حق الراهن أخذها ، وليس للمرتهن حبسها .

قال في الأم [٣/١٤٤ ـ ١٤٥] : وإذا رهن الرجل الجارية حبلى فولدت ، أو غير حبلى فحبلت وولدت ، فالولد خارج من الرهن .

وقال : وهكذا إذا رهنه الماشية مخاضا فنتجت[1] أو غير مخاض فمخضت ونتجت ، فالنتاج خارج من الرهن . وكذلك لو رهنه شاة فيها لبن ، فاللبن خارج من الرهن لأن اللبن غير الشاة .

وقال : وهكذا لو رهنه نخلا أو شجرا فأثمرت،كانت الثمرة خارجة من الرهن.

وقال : وإذا رهنه ماشية عليها صوف أو شعر أو وبر : فإن أراد الراهن أن يجزه فذلك له .

وقال : وكسب الرهن كله للراهن ، ليس للمرتهن أن يحبس شيئا عنه .

٢ ـ وذهب أبو حنيفة وأحمد رحمهم الله تعالى إلى أن جميع ما كان من زوائد الرهن ونمائه في يد المرتهن يكون رهنا كأصله .

قال في الهداية [٨/٢٤٠] : ونماء الرهن للراهن ، وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف ، لأنه متولد من ملكه ، ويكون رهنا مع الأصل .

وقال الخرقي [المغني : ٤/٢٩١] : وغلة الدار وخدمة العبد وحمل الشاة وغيرها وثمرة الشجرة المرهونة من الرهن . قال ابن قدامة : وجملة ذلك : أن نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهنا في يد من الرهن في يده ، كالأصل .

٣ـ وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أن ما كان من النماء المنفصل على خلقة الرهن وصورته ـ كالولد ـ يدخل في الرهن ، وما لم يكن كذلك ـ كالثمرة وغيرها ـ لا يدخل في الرهن إلا إذا شرطه المرتهن .

---

(١) مخاضاً : حاملاً ، فنتجت : ولدت . والنتاج الحمل المولود .

جاء في الموطأ [٢/٧٢٩] : قال يحيى : سمعت مالكا يقول : فيمن رهن حائطا له إلى أجل مسمى ، فيكون ثمر ذلك الحائط قبل ذلك الأجل : إن الثمر ليس برهن مع الأصل ، إلا أن يكون اشترط ذلك المرتهن في رهنه . وإن الرجل إذا ارتهن جارية وهي حامل ، أو حملت بعد ارتهانه إياها ، إن ولدها معها . اهـ .

الأدلـة :

١ ــ عمدة الشافعي رحمه الله تعالى : أن حق المرتهن متعلق برقبة الرهن ولم يتعلق بغيره ، وما يحدث من الزوائد المنفصلة غير رقبته ــ فالولد غير الأم ، والثمرة غير الشجرة ، وكذلك اللبن والصوف ــ فلا يسري إليـه حق المرتهن ولا يدخل في الرهن .

قال في الأم [٣/١٤٤] : وأصل معرفة هذا أن للمرتهن حقا في رقبة الرهن دون غيره ، وما يحدث منه ــ مما قد يتميز منه ــ غيره .

ــ ما رواه الشافعي رحمه الله تعالى عن سفيان عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : الرهن مركوب ومحلوب . [البخاري : ٣/١٨٧]

قال الشافعي [٣/١٤٥] : يشبه قول أبي هريرة ــ والله تعالى أعلم ــ أن من رهن ذات در وظهر لم يمنع الراهن درها وظهرها ، لأن له رقبتها ، وهي محلوبه ومركوبه كما كانت قبل الرهن ، ولا يمنع الراهن برهنه إياها من الدر والظهر ــ الذي ليس هو الرهن ــ بالرهن الذي هو غير الدر والظهر .

٢ ــ وعمدة الحنفية : أن الفروع تابعة للأصول فيثبت لها حكم الأصول ، ونماء الرهن تابع له فيثبت له حكمه ، وفي الرهن وصفان لازمان وهما : الملك ، وكونه رهنا ، فيسريان إلى الثمار ، فيكون ملكا للراهن ويدخل في الرهن ، لأن الأصل عندهم أن الأوصاف المستقرة في الأمهات تسري إلى الأولاد : إذا كانت صالحة لأحكامها . [الهداية وشروحها : ٨/٢٣٥ ــ ٢٤٠]

وبمثل هذا احتج الحنابلة ، وقالوا أيضا :

إن حكم الرهن يثبت في العين بعقد المالك ، فيدخل فيه النماء والمنافع ، كالملك بالبيع • وكذلك : النماء حادث من عين الرهن فيسري إليه حكم الرهن ، كالنماء المتصل • [المغني : ٤/٢٩٢]

٣ ــ واعتمد مالك رحمه الله تعالى في التفريق بين الولد وغيره من الزوائد على أمرين :

أ ــ قياس الرهن على البيع ، وذلك أن الثمر الذي على الشجر لا يتبع بيع الشجر إلا إذا شرطه المشتري ، بينما يدخل الجنين في بيع أمه من غير شرط ، ودليل ذلك التفريق في البيع : السنة وإجماع أهل المدينة •

قال في الموطأ [٢/٧٢٩] : وفرق بين الثمر وبين ولد الجارية : أن رسول الله ﷺ قال : من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع •

وقال : والأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا : أن من باع وليدة ، أو شيئا من الحيوان وفي بطنها جنين : أن ذلك الجنين للمشتري، اشترطه المشتري أو لم يشترطه، فليست النخل مثل الحيوان ، وليس الثمر مثل الجنين في بطن أمه • اهـ •

ب ــ والأمر الثاني : هو العرف ، وذلك أن الناس يرهنون المثر دون الشجر، بينما لا يرهنون الأجنة في بطون أمهاتها•وذلك تفريق ظاهر بين نماء الحيوان وغيره•

قال في الموطأ [٢/٧٣٠] : ومما يبين ذلك أيضا : أن من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل ولا يرهن النخل ، وليس يرهن أحد من الناس جنينا في بطن أمه من الرقيق ولا من الدواب • اهـ •

المسألة الحادية عشرة : رهن الثمرة دون الأصل :

ورهن الثمر دون الشجر مسألة مختلف فيها أيضا :

١ ــ فمالك رحمه الله تعالى يجيز ذلك ــ كما رأينا ــ وعمدته في ذلك جريان العرف به ، فإنه قال [الموطأ : ٢/٧٣٠] : إن من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل ولا يرهن النخل • [وانظر بداية المجتهد : ٢/٢٦٩]

وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى ، وإن كان بينهم شيء من الاختلاف في رهن مالم يبد صلاحه •

وعمدة الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى القياس على البيع ، فكل ما جاز بيعه جاز رهنه •

قال في الأم [٣/١٣٤] : وإذا حل بيع الثمر حل رهنه ، إلى أجل كان الحق أو حالا • [وانظر مغني المحتاج : ٢/١٢٤]

وقال ابن قدامة [المغني : ٤/٢٥٣ ، ٢٥٤] : وكل عين جاز بيعها جاز رهنها • وقال : وهل يصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع ، أو الزرع الأخضر ؟ وجهان :

ـ أحدهما : يجوز ، لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه •

ـ الثاني : لا يصح ، لأنه لا يجوز بيعه فلا يجوز رهنه[١] • اهـ •

٢ ـ وذهب الحنفية رحمهم الله تعالى إلى أنه : لا يصح مطلقا ، وعمدتهم في ذلك أن موجب الرهن الاحتباس ، وهذا ينتفي في رهن الثمر دون الشجر ، لاختلاط المرهون بغيره •

قال في بداية المبتدىء : ولا يجوز رهن المشاع ، ولا رهن ثمرة على رؤوس النخيل دون النخيل ، ولا زرع الأرض دون الأرض ، ولا رهن النخيل في الأرض دونها •

قال في الهداية : لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة ، فكان بمعنى الشائع • قال صاحب العناية : فإن الأصل الجامع : أن اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن ، لانتفاء القبض في المرهون وحده ، لاختلاطه بغيره •
[الهداية وشروحها : ٨/٢٠٣ ـ ٢٠٥]

---

(١) وانظر في وجوه بيع الثمر نفس المصدر : ص ٦٣ وما بعدها .

المسألة الثانية عشرة : الحرز في السرقة :

اتفق العلماء على أنه لا يجب القطع في السرقة إلا إذا أخذ المتاع المسروق من حرزه •

واتفقوا أيضا على أنه يرجع في معرفة ما هو حرز وما ليس بحرز إلى العرف •

قال ابن رشد (المالكي) [بداية المجتهد : ٢/٤٤٠] : والحرز عند مالك بالجملة ، هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه •

وقال ابن الهمام (الحنفي) [فتح القدير : ٤/٢٣٨] : الحرز ما عد عرفا حرزا للأشياء ، لأن اعتباره ثبت شرعا من غير تنصيص على بيانه ، فيعلم به أنه رد إلى عرف الناس فيه •

وقال الشافعي [الأم : ٦/١٣٥] : وأنظر إلى المسروق ، فإن كان في الموضع الذي سرق منه تنسبه العامة إلى أنه في مثل ذلك الموضع محرز فأقطع فيه ، وإن كانت العامة لا تنسبه إلى أنه في مثل ذلك الموضع محرز فلا يقطع فيه •

وقال ابن قدامة (الحنبلي) [المغني : ٩/١١١] : والحرز ما عُدَّ حرزا في العرف ، فإنه لما ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه ، علم أنه رد ذلك إلى أهل العرف ، لأنه لا طريق إلى معرفته إلا من جهته ، فيرجع إليه • اهـ •

وعلى الرغم مما ذكرته من اتفاقهم هذا ، فإننا نجدهم يختلفون في بعض المواضع فيما هو حرز وما ليس بحرز ؟ وذلك إما لأن العرف يتفاوت ويختلف ، فينشأ عن ذلك اختلاف • وإما لدليل آخر يقدم العمل به على العرف •

وسأذكر بعض هذه المواطن التي اختلف الأئمة في اعتبارها حرزاً وعدم اعتبارها•

١ ـ الدار المشتركة :

اختلفوا فيما إذا كانت الدار مشتركة ، وأخرج السارق المتاع من البيت إلى صحن الدار هل يقطع ؟ وكذلك إذا سرق من يسكن أحد هذه البيوت من بيت آخر في الدار نفسها ؟

٢ ــ فذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى أن البيت في الدار المشتركة حرز ، يقطع بإخراج المتاع منه ولو لم يخرجه من جميع الدار •

قال في الموطأ [٢/٨٣٧] : الأمر عندنا أنه إذا كانت دار رجل مغلقة عليه ليس معه فيها غيره ، فإنه لا يجب على من سرق منها شيئاً القطع حتى يخرج به من الدار كلها ، وذلك أن الدار كلها هي حرزه • فإن كان معه في الدار ساكن غيره ، وكان كل إنسان منهم يغلق عليه بابه ، وكانت حرزاً لهم جميعاً : فمن سرق من بيوت تلك الدار شيئاً يجب فيه القطع ، فخرج به إلى الدار ، فقد أخرجه من حرزه إلى غير حرزه ، ووجب عليه فيه القطع •. هـ

ونلحظ هنا أن هذا القول يدعمه عند مالك رحمه الله تعالى أنه عمل أهل المدينة ، وهو حجة عنده •

وقال الشافعي في الأم [٦/١٣٦ ، ١٣٩] : لو كانت الدار مشتركة ، وأخرج السرقة من البيت والحجرة إلى الدار ، قطع ، لأن المشتركة ليست بحرز لواحد من السكان دون الآخر •

وقال : ولو أسكن رجل رجلا في بيت ، أو أكراه إياه فكان يغلقه دونه ، ثم سرق رب البيت منه قطع ، وهو مثل الغريب يسرق منه • هـ

ب ــ واشترط أحمد رحمه الله تعالى أن يكون باب البيت مغلقاً ، فإن كان مفتوحاً لم يقطع حتى يخرجه من الدار •

قال ابن قدامة [المغني : ٩/١١٧] : وإذا أخرج المتاع من بيت في الدار أو الخان إلى الصحن ، فإن كان باب البيت مغلقاً ففتحه أو نقبه فقد أخرج المتاع من الحرز ، وإن لم يكن مغلقاً فما أخرجه من الحرز • وقد قال أحمد : إذا أخرج المتاع من البيت إلى الدار يقطع ، وهو محمول على الصورة الأولى • اهـ • على أنه لم يتعرض لذكر ما إذا كانت الدار مشتركة أو غير مشتركة •

جـ ــ واشترط أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى أن تكون الدار عظيمة بحيث يستغني أهل كل بيت ببيتهم عن صحن الدار ، ولا ينتفعون به إلا كانتفاع أهل المنازل بالطريق •

قال في الهداية [٤/٢٤٣] : فإن كانت دار فيها مقاصير ، فأخرجها من المقصورة إلى صحن الدار قطع ، لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة ، وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع .

قال في الفتح : هذا كلام محمد ، وأول بما إذا كانت الدار عظيمة ، فيها بيوت: كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم ، ويستغنون به أستغناء أهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار ، وإنما ينتفعون به انتفاعهم بالسكة ، قال : وفي الفتاوى الصغرى : القوم إذا كانوا في دار ، كل واحد في مقصورة على حدة ، عليه باب يغلق ، فنقب رجل من أهل الدار على صاحبه وسرق منه : إن كانت الدار عظيمة يقطع وإلا فلا . اهـ

وبناء على قول الحنفية هذا يمكننا القول إنه يشترط ـ الآن ـ أن يكون كل بيت مستقلا بمنافعه عن الآخر .

٢ ـ سرقة احد الزوجين من الاخر :

اتفق الأئمة على أنه إذا سرق أحد الزوجين من الآخر مالا أو متاعاً ، وكان المسروق في الحرز الذي يسكنان فيه ، ولا يختص به أحدهما دون الآخر ولم يحرزه عنه ، اتفقوا على أنه لا يقطع في هذا . واختلفوا فيما إذا سرق أحدهما من حرز يختص به الآخر ، أو شيئاً أحرزه عنه ، هل يقطع أو لا ؟

أ ـ ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أنه يقطع ، والظاهر : أن عمدته في ذلك عمل أهل المدينة .

جاء في الموطأ [٢/٨٣٧ ـ ٨٣٨] : والأمر عندنا في العبد يسرق من متاع سيده . إلى أن قال : وكذلك الرجل يسرق من متاع امرأته ، أو المرأة تسرق من زوجها ما يجب فيه القطع : إن كان الذي سرق كل واحد منهما من متاع صاحبه في بيت سوى البيت الذي يغلقان عليهما ، وكان في حرز سوى البيت الذي هما فيه ، فإن من سرق منهما من متاع صاحبه ما يجب فيه القطع ، فعليه القطع فيه . هـ

ب ـ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه لا قطع عليهما ،

لوجود الشبهة التي تدفع الحد ، وذلك أن العادة جارية بالتبسط بين الزوجين في الأموال . ويقوي هذه الشبهة قياسهما على الوالدين والخادم ، فإنه لا قطع عليهم .

قال في الهداية [٢٣٩/٤] : وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر ، أو العبد من سيده أو من امرأة سيده ، أو من زوج سيدته لم يقطع ، لوجود الإذن بالدخول عادة، وإن سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه ، فكذلك عندنا .

قال في الفتح : وجه قولنا أن بينهما بسوطة في الأموال عادة ودلالة ، فإنها لما بذلت نفسها ــ وهي أنفس من المال ــ كانت بالمال أسمح .

وقال : ولأن بينهما سبباً يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين ، وفي موطأ مالك [٨٣٩/٢] عن عمر أنه أتي بغلام سرق مرآة لامرأة سيده فقال : ليس عليه شيء ، خادمكم سرق متاعكم ؛ فإذا لم يقطع خادم الزوج، فالزوج أولى.هـ

جـ ــ وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان : إحداهما كقول مالك ، والأخرى كقول أبي حنيفة . قال ابن قدامة [المغني : ١٣٥/٩] : وإن سرق أحد الزوجين من مال الآخر ، فإن كان مما ليس محرزاً عنه فلا قطع فيه . وإن سرق مما أحرزه عنه ففيه روايتان : إحداهما : لا قطع عليه ، وهي اختيار أبي بكر ، والثانية : يقطع ،.. وهو ظاهر كلام الخرقي . اهـ .

وحجة الرواية الأولى هي ما احتج به الحنفية من الشبهة الدارئة ، للتبسط والقياس على الأبوين والخادم .

وحجة الرواية الثانية :

ــ عموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم » / المائدة : ٣٨ / .

ــ أن المسروق مال محرز عن السارق ، ولا شبهة له فيه فأشبه ما لو سرقه أجنبي .

د ــ وللشافعي رحمه الله تعالى أقوال ثلاثة : الأول : عليهما القطع مطلقاً .

والثاني : لا قطع عليهما . والثالث : يقطع الزوج في سرقة مال الزوجة ، ولا تقطع الزوجة في سرقة مال الزوج .

قال في مغني المحتاج [٤/١٦٢] : والأظهر قطع أحد الزوجين بالآخر ، أي بسرقة ماله المحرز عنه .. والثاني : لا قطع على واحد منهما ، والثالث : يقطع الزوج دونها .

وعمدة القول الأظهر هو ما احتج به للرواية الثانية عند أحمد . وحجة القول بعدم القطع : الشبهة ، حيث إنها تستحق عليه النفقة ، وهو يستحق الحجر عليها .

وعمدة القول بالتفريق : أن للزوجة حقوقاً في مال الزوج ، فأورثت شبهة في سرقتها فلا قطع عليها ، بينما لا شبهة في سرقة الزوج ، حيث إنه لاحق له في مال الزوجة ، فعليه القطع .

وذكر الخطيب : أن هذا القول مال إليه الأذرعي .

هذا ، والذي اطلعت عليه من أقوال الشافعي رحمه الله تعالى ظاهره ترجيح القول بعدم القطع مطلقاً . فإنه ذكر في الأم [٦/١٣٩] تحت عنوان : مالا يقطع فيه من جهة الخيانة ، ذكر حديث مالك عن عمر رضي الله عنه ، ثم ذكر قول مالك رحمه الله تعالى ، ثم قال : وهذا مذهب ، ثم قال : فأرى ــ والله تعالى أعلم ــ على الاحتياط أن لا يقطع الرجل لامرأته ، ولا المرأة لزوجها ، ولا عبد واحد منهما سرق من متاع الآخر شيئاً ، للأثر والشبهة فيه . هـ

٣ ــ الأمتعة في الأسواق :

اختلفوا في سرقة الأمتعة من الأسواق وحوانيت التجار :

أ ــ فذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى : أنه إذا كانت الأمتعة قد ضمها أصحابها ، أو أحرزوها في أوعيتها التي تحرز بها عادة ، فسرق منها شيء ، وجب القطع مطلقاً .

وعمدتهم في هذا العرف الجاري بإحرازها هكذا ، وخاصة عرف أهل المدينة عند مالك رحمه الله تعالى .

قال في الموطأ [٢/٨٣٦] : وسمعت مالكاً يقول : الأمر عندنا في الذي يسرق أمتعة الناس التي تكون موضوعة بالأسواق ، محرزة ، قد أحرزها أهلها في أوعيتهم، وضموا بعضها إلى بعض : أنه من سرق من ذلك شيئاً من حرزه ، فبلغ قيمته ما يجب فيه القطع ، فإن عليه القطع ، كان صاحب المتاع عند متاعه أو لم يكن ، ليلا ذلك أو نهاراً .

وقال في الأم [٦/١٣٥] : وأنظر إلى متاع السوق : فإذا ضم بعضه إلى بعض في موضع بياعاته ، وربط بحبل ، أو جعل الطعام في خيش وخيط عليه ، فسرق أي هذا أحرز به فأقطع فيه ، لأن الناس ــ مع شحهم على أموالهم ــ هكذا يحرزونه .هـ

ب ــ وإلى مثل هذا ذهب أحمد رحمه الله تعالى إذا كان في السوق حارس ، أو كان مع الأمتعة حافظ يشاهدها .

قال ابن قدامة [المغني : ٩/١١١ ــ ١٢٢] : وإن كان الثوب بين يديه ، أو غيره من المتاع كبز البزازين ، وقماش الباعة ، وخبز الخبازين ــ بحيث يشاهده وينظر إليه ــ فهو محرز . وإن نام ، أو كان غائباً عن موضع مشاهدته فليس بمحرز . وإن جعل المتاع في الغرائر[1] ، وعلم عليها ، ومعها حافظ يشاهدها،فهي محرزة وإلا فلا.

وقال : وحرز البقل وقدور الباقلاء ونحوها بالشرائج من القصب أو الخشب إذا كان في السوق حارس . وحرز الخشب والحطب والقصب في الحظائر ، وتعبئة بعضه على بعض ، وتقييده بقيد بحيث يعسر أخذ شيء منه على ما جرت به العادة ، إلا أن يكون في فندق مغلق عليه فيكون محرزاً وإن لم يقيد[1] .

(١) الغرائر : جمع غرارة ، وهي تشبه العدل .

(٢) الشرائج : جمع شريجة ، وهي ما ينسج من سعف النخل ونحوه ، ويحمل فيه البطيخ وغيره . الحظائر : جمع حظيرة وهي ما يجعل للغنم وغيرها ليحفظها ويمنعها الحر أو البرد ونحوهما .

جـ ــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه يقطع إن سرق منها ليلا ، ولا يقطع إن سرق منها نهاراً • وحجتهم في ذلك اختلال الحرز في النهار، لوجود الإذن عادة بالدخول إلى الحوانيت والمتاجر •

قال في الهداية [٢٤٢/٤] : ولا قطع على من سرق مالا من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله ، قال : ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات إلا إذا سرق منها ليلا ، لأنها بنيت لإحراز الأموال ، وإنما الإذن يختص بالنهار •

قال ابن الهمام : فإن التاجر يفتح حانوته نهارا في السوق ، ويأذن للناس في الدخول ليشتروا منه ، فإذا سرق واحد منه شيئا لا يقطع ، وكذا الخانات • وقال : وإنما اختل الحرز بالنهار للإذن ، وهو منتف بالليل • هـ

٤ ــ قطع النباش :

النباش : هو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن ، واختلف الأئمة فيه : هل يقطع أو لا ؟ •

أ ــ ذهب مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف ــ من أصحاب أبي حنيفة ــ رحمهم الله تعالى إلى وجوب القطع عليه إذا أخرج من القبر ما يجب فيه القطع •

قال في الموطأ [٨٣٨/٢] : والأمر عندنا في الذي ينبش القبور أنه إذا بلغ ما أخرج من القبر ما يجب فيه القطع ، فعليه فيه القطع ، وذلك أن القبر حرز لما فيه كما أن البيوت حرز لما فيها • ولا يجب عليه القطع حتى يخرج به من القبر • هـ

وقال الشافعي في الأم [١٣٧/٦] : ويقطع النباش إذا أخرج الكفن من جميع القبر ، لأن هذا حرز مثله ، وإن أخذ قبل أن يخرجه من جميع القبر لم يقطع ، ما دام لم يفارق جميع حرزه •

وقال الخرقي [المغني : ١٣١/٩] : وإذ أخرج النباش من القبر كفنا قيمته ثلاثة دراهم قطع ، وقال ابن قدامة : فلا بد من إخراج الكفن من القبر لأنه الحرز •هـ

وقال في الهداية [٢٣٤/٤] : وقال أبو يوسف : عليه القطع • هـ

وعمدة هؤلاء في وجوب القطع : أنه مال متقوم محرز في حرز مثله • ودعم هذا القول عند مالك أنه عمل أهل المدينة ، كما ذكرنا •

واحتج له أيضا :

ـ بعموم قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما »/المائدة:٣٨/ • وهذا سارق •

ـ وبما رواه البيهقي عن البراء بن عازب رضي الله عنه يرفعه إلى النبي ﷺ : (من نبش قطعناه)[١] •

ـ وبما رواه البخاري في تاريخه أن ابن الزبير رضي الله عنهما : قطع نباشا •

ـ وبما روي كذلك عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : سارق أمواتنا كسارق أحيائنا • أخرجه الدار قطني من حديث عمرة عنها[٢] •

ب ـ وذهب أبو حنيفة ومحمد ـ من أصحابه ـ رحمهما الله تعالى : إلى أنه لا قطع على النباش •

قال في الهداية : ولا قطع على النباش ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد •

وعمدة هذا القول :

أ ـ آثار : منها :

ـ قوله ﷺ : (لاقطع على المختفي[٣]) ، قالوا : وهو النباش بعرف أهل المدينة •

---

(١) قال في نصب الراية : رواه البيهقي في كتاب المعرفة ، وفيه من يجهل حاله كبشر بن حازم . ٣٦٧/٣ . وانظر السنن الكبرى للبيهقي : ٢٧٠/٨ .

(٢) المغني : ١٣١/٩ ، الهداية وشروحها : ٢٣٤/٤ ـ ٢٣٥ ، مغني المحتاج : ١٦٩/٤ . والذي رأيته في الدراقطني من حديث عمرة عن عائشة رضي الله عنها قالت: إن كسر عظم الميت ميتاً مثل كسره حياً . (١٨٨/٣) .

(٣) قال في نصب الراية [٣٦٧/٣] قلت : غريب .

ـ ما روي عن ابن عباس رضي اللهعنهما أنه قال : ليس على النباش قطع[1]

ـ ما روي عن الزهري قال : أخذ نباش في زمن معاوية ، وكان مروان على المدينة ، فسأل من بحضرته من الصحابة والفقهاء ، فأجمع رأيهم على أن يضرب ويطاف به .

قال ابن الهمام بعد ذكره هذه الآثار : وحينئذ لا شك في ترجيح مذهبنا من جهة الآثار .

ب ـ ثبوت الشبهة في كونه مملوكاً ، وهي دارئة للحد ، وذلك أن الكفن غير مملوك لأحد : فهو غير مملوك للميت ، لأنه ليس أهلا للملك ، ولا للوارث ، لأنه لا يملك من التركة إلا ما يفضل عن حاجة الميت ، وعلى هذا إذا صح أنه لا ملك فيه لأحد لم يقطع في سرقته ، وإلا فتحققت شبهة في مملوكيته ، فلا يقطع به أيضاً .

جـ ـ ثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد ، وذلك أن الحد قد شرع للانزجار ، والحاجة إليه فيما يكثر وجوده ، فأما ما يندر وجوده فلا يشرع فيه ، لوقوعه في غير محل الحاجة ، لأن الانزجار حاصل طبعا . وهذا مما يندر وجوده فلا يشرع فيه الحد . [الهداية وشروحها : ٤/٢٣٤ ـ ٢٣٥]

المسألة الثالثة عشرة : ما يحنث به في الأيمان :

أ ـ ما يحنث به في الحلف على البيت :

اختلفوا فيمن حلفه لا يدخل أو لا يسكن بيتا ، فدخل أو سكن بيت شعر أو حماما أو مسجدا ، هل يحنث أو لا ؟ .

١ ـ ذهب أحمد رحمه الله تعالى : إلى أنه يحنث بالدخول أو السكنى في ذلك كله .

وعمدته في هذا : أن كلا منها يسمى بيتا على الحقيقة ، وقد سماها الشارع كذلك ، وبعضها ـ كبيت الشعر ـ يسمى بيتا في العرف أيضا ، وهذا من النوع

---

(١) ذكر في نصب الراية [٣/٣٦٧] : أنه رواه ابن أبي شيبة في مصنفه .

الذي يحتمل حمله على ما اشتهر به ، ويحتمل الحمل على الحقيقة ، كما ذكر ابن قدامة ٠

قال ابن قدامة : وإن حلف لا يدخل بيتا فدخل مسجدا أو حماما فإنه يحنث ، نص عليه أحمد ، ويحتمل أن لا يحنث ــ وهو قول أكثر الفقهاء ــ لأنه لا يسمى بيتا في العرف ٠

قال : والأول المذهب ، لأنهما بيتان حقيقة ، وقد سمى الله المساجد بيوتا ، فقال : « في بيوت أذن الله أن ترفع » / النور : ٣٦ / ٠ وقال : « إن أول بيت وضع للناس للذي ببكة مباركا » /آل عمران : ٩٦/ ٠

وروي في الحديث : (المسجد بيت كل تقي)[1] ٠

وروي في خبر : (بئس البيت الحمام)[2] وإذا كان بيتا في الحقيقة ، ويسميه الشارع بيتا حنث بدخوله ٠

وقال : وإن دخل بيتا من شعر أو غيره حنث ــ سواء كان الحالف حضريا أو بدويا ــ فإن اسم البيت يقع عليه حقيقة وعرفا ، قال الله تعالى : « والله جعل لكم من بيوتكم سكنا وجعل لكم من جلود الأنعام بيوتا تستخفونها يوم ظعنكم ويوم إقامتكم » / النحل : ٨٠ / ٠ [المغني : ٩/٦٠٨ ــ ٦١١]

٢ ــ وبمثل هذا قال المالكية في الحنث بالحمام وبيت الشعر إلا إذا نوى الحالف بيتا مخصوصا ، أو جرى عرف يحدد المراد باللفظ ٠ وأما المسجد فقالوا لا يحنث به ، لأنه مطالب بالدخول إليه شرعا ، أو لأنه لا يراد باللفظ عرفا ٠

---

(١) قال المحقق : أخرجه الطبراني في الكبير والاوسط ، والبزار عن ابي الدرداء وقال : إسناده حسن . وبقيته : (وتكفل الله لمن كان المسجد بيته بالروح والرحمة ، والجواز على الصراط إلى رضوان الله إلى الجنة) .

(٢) أخرجه البيهقي عن عائشة ، وابن عدي عن ابن عباس (المحقق) وانظر الجامع الصغير : ١/١٢٧ .

جاء في الشرح الكبير [١٤٥/٢] : وحنث بالحمام ـ أي بدخوله ـ في حلفه على ترك دخول البيت ••• إلا لنية أو عرف •• أو بيت شعر ـ بدويا كان أو حضريا ـ إلا لنية أو بساط ، • • لا بمسجد • • ، لأنه لما كان مطلوبا بدخوله شرعا صار كأنه غير مراد للحالف •

قال الشاطبي في الاعتصام [١٤١/٢] : إن مالك بن أنس من مذهبه أن يترك الدليل للعرف ، فإنه رد الأيمان إلى العرف ، مع أن اللغة تقتضي في ألفاظها غير ما يقتضيه العرف ، كقوله : والله لا دخلت مع فلان بيتا ، فهو يحنث بدخول كل موضع يسمى بيتا في اللغة ، والمسجد يسمى بيتا فيحنث على ذلك ، إلا أن عرف الناس أن لا يطلقوا هذا اللفظ عليه ، فخرج بالعرف عن مقتضى اللفظ ، فلا يحنث •

وقال الدسوقي [حاشية : ١٤٥/٢] في الكلام عن بيت الشعر : العرف الآن يقتضي عدم الحنث فيه ، إذ لا يقال للشعر في العرف الآن إنه بيت ، وإن كان يقال له لغة ، والمدلول العرفي يقدم على اللغوي •

٣ ـ وأما الشافعية والحنفية : فاتفقوا على أنه لا يحنث بالمسجد ولا بالحمام أو ما شابههما • وعمدتهم في ذلك : أنها لا تسمى بيوتا في العرف ، وإطلاق البيت عليها لغة ليس ظاهرا ، أو على سبيل المجاز •

قال في مغني المحتاج : ولا يحنث ـ على المذهب ـ بمسجد وكعبة وبيت حمام ورحى وكنيسة وغار جبل ، لأنها لا تسمى بيتا عرفا •

وقال في الهداية : ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث ، لأن البيت ما أعد للبيتوتة ، وهذه البقاع ما بنيت لها • قال ابن الهمام : لأن الأصل أن الأيمان مبنية على العرف عندنا •

وقال : فالكعبة وإن أطلق عليها بيت في قوله تعالى : « إن أول بيت وضع للناس للذي ببكة » /آل عمران : ٩٦/ • وكذا المسجد ، في قوله تعالى : « في بيوت أذن الله أن ترفع » /النور : ٣٦/ • وكذا بيت العنكبوت وبيت الحمام ، ولكن إذا أطلق البيت في العرف فإنما يراد به ما يبات فيه عادة • هـ

ـ واختلفوا في بيت الشعر وما شابهه : فذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أنه يحنث به مطلقا ، سواء أكان حضريا أو بدويا ، ترجيحا للحقيقة اللغوية ، لأنها ظاهرة في ذلك .

قال في الأم : وإن حلف الرجل أن لا يسكن بيتا ، وهو من أهل البادية أو أهل القرية ، ولا نية له ، فأي بيت ـ شعر أو أدم أو خيمة ، أو ما وقع عليه اسم بيت ، أو حجارة أومدرـ سكن ، حنث . وقال في مغني المحتاج : لأن اسم البيت يقع على ذلك كله حقيقة في اللغة .

وفرق الحنفية فقالوا : إن كان من أهل البادية حنث ، وإن كان حضريا لم يحنث ، عملا بالعرف على أصلهم في الأيمان .

قال ابن الهمام : ولو حلف لا يدخل بيتاً ، فدخل بيت شعر أو فسطاطاً : إن كان من أهل البادية حنث ، وإلا لا يحنث[1] .

ب ـ ما يحنث به في الحلف على اللحم :

إذا حلف أن لا يأكل لحما : فاتفقوا على أنه يحنث إذا أكل لحوم الأنعام أو الطير . واختلفوا فيما إذا أكل سمكا :

١ ـ فذهب الحنابلة والمالكية إلى : أنه يحنث بأكل السمك ، إذا لم ينو باللحم لحما معينا ، وكان حلفه مطلقا .

قال الخرقي : وإذا حلف ألا يأكل لحما ، ولم يرد لحما بعينه ، فأكل من لحم الأنعام أو الطيور أو السمك حنث . قال ابن قدامة : أما إذا أكل من لحم الأنعام أو الصيد أو الطائر فإنه يحنث في قول عامة علماء الأمصار ، وأما السمك فظاهر المذهب أنه يحنث بأكله . هـ

وجاء في الشرح الكبير : وحنث بلحم الحوت والطير ... في حلفه على مطلقها .. من غير تقييد بلفظ أو نية أو بساط .

---

(١) الهداية وشروحها : ٢٩/٤ ـ ٣٣ ، مغني المحتاج : ٣٣٤/٤ ، الأم : ٦٥/٧ .

وعمدتهم في هذا : أنه يصدق عليه اسم اللحم ، لأنه من جسم حيوان يصلح للأكل ، وقد سماه الله تعالى لحما ، فصار كالطائر .

قال ابن قدامة : ولنا : قول الله تعالى : « وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا » /النحل : ١٤/ .

وقال : « ومن كل تأكلون لحما طريا » /فاطر : ١٢/ .

ولأنه من جسم حيوان ، ويسمى لحما ، فحنث بأكله كلحم الطائر . هـ

وقال في الشرح الكبير : لصدق اللحم عليهما . قال الدسوقي : أي كما في قوله تعالى : « لتأكلوا منه لحماً طرياً » /النحل : ١٤/ . وقال أيضاً : « ولحم طيرمما يشتهون » / الواقعة : ٢١ / .

والظاهر أن متأخري المالكية يرجعون في هذا إلى العرف .

قال الدسوقي : وماذكره من الحنث بلحم الحوت إذا حلف لا آكل لحماً عرف مضى ، وأما عرف زماننا ــ خصوصا بمصر ــ فلا يحنث بأكل لحم الحوت ، لأنه لايسمى لحما عرفا ، قاله شيخنا[١] .

٢ ــ وذهب أبوحنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى إلى أنه لايحنث . وعمدتهم في هذا أنه لايسمى لحماً في العرف ، وإطلاق اللحم عليه في القرآن إنما هو مجرد تسمية .

قال في الهداية : ومن حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم السمك لايحنث ، والقياس أن يحنث لأنه يسمى لحماً في القرآن .

قال في الفتح : وبه استدل سفيان لمن استفتاه ــ فيمن حلف لايأكل لحماً فأكل سمكاً ــ فرجع إلى أبي حنيفة فأخبره ، فقال : ارجع فاسأله فيمن حلف : لايجلس على بساط فجلس على الأرض ، فسأله ، فقال : لايحنث . فقال : أليس

---

(١) المغني : ٦٠٨/٩ ، الشرح الكبير : ١٤٣/٢ .

أنه قال تعالى : « والله جعل لكم الأرض بساطاً » / نوح : ١٩ / • فقال له سفيان : كأنك السائل الذي سألتني أمس ؟ فقال : نعم : فقال سفيان : لايحنث في هـذا ولا في الأول ، فرجع عن ذلك القول •

قال ابن الهمام : وظهر أن تمسك أبي حنيفة إنما هـو بالعرف ، لابما ذكره المصنف في وجه الاستحسان : أن التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لاحقيقية ، لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم في السمك ، لسكونه في الماء ، ولـذا حل بلا ذكاة ، فإنه ينتقض بالألية ، فإنها تنعقد من الدم ولا يحنث بأكلها ، لمكان العرف ، وهو أنه لايسمى لحماً ، ولا تذهب أوهام أهل العرف إليه عند إطلاق اسم اللحم •

وقال الشافعي : إذا حلف الرجل أن لايأكل لحماً حنث بلحم الإبل والبقر والغنم والوحوش والطير كله ، لأنه كله لحم ليس له اسم دون اللحم ، ولا يحنث في الحكم بلحم الحيتان ، لأن اسمه غـير اسمه ، فالأغلب عليه الحوت ، وإن كان يدخل في اللحم ويحنث في الورع به •

قـال في مغني المحتـاج : لأنه لايسمى لحماً في العرف ، وإن سماه الله تعالى لحمـاً •

وقال السيوطي : فلو حلف لا يأكل لحماً ، لم يحنث بالسمك وإن سماه الله لحماً • وذكر مسائل أخرى مشابهة ثم قال : فقدم العرف في جميع ذلك ، لأنهـا استعملت في الشرع تسمية بلا تعلق حكم وتكليف (١) •

المسألة الرابعة عشر : ما يجزىء كسوة في كفارة اليمين :

اختلفوا في ذلك :

١ ــ فذهب مالك وأحمد ومحمد ــ من أصحاب أبي حنيفة ــ رحمهم الله تعالى إلى : أن الكسوة تتقدر بما تجزىء به الصلاة ، ولا يجزىء دون ذلك •

---

(١) الهداية وشروحهـا : ٤٧/٤ ، الأم : ٧٢/٧ ، مغني المحتاج : ٣٣٦/٤ ، الأشباه والنظائر : ١٠٢ ــ ١٠٣

جاء في الموطأ [٢/٤٨٠] : قال مالك : أحسن ما سمعت في الذي يكفر عن يمينه بالكسوة : أنه إن كسا الرجال كساهم ثوباً ثوباً ، وإن كسا النساء كساهن ثوبين ثوبين درعاً وخماراً ، وذلك أدنى مايجزيء كلاً في صلاته • اهـ •

وقال ابن قدامة [المغني : ٩/٥٤٥] : وتتقدر الكسوة بما تجزيء الصلاة فيه ، فإن كان رجلاً فثوب تجزئه الصلاة فيه ، وإن كانت امرأة فدرع وخمار •

وقال في بداية المبتدي [٤/١٨ ــ ١٩] : وإن شاء كسا عشرة مساكين ، كل واحد ثوباً فما زاد ، وأدناه مايجوز فيه الصلاة • قال في الهداية : المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروي عن محمد •

٢ ــ وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى : إلى أنه أقل مايجزيء ما يستر عامة بدنه ، حتى لايجزئه السراويل ، وإن كان يستر عورته وتجزيء به الصلاة •

قال في الهداية [٤/١٨ ــ ١٩] : وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنأدناه مايستر عامة بدنه ، حتى لايجوز السراويل ، وهو صحيح •

٣ ــ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أنه يجزيء أقل ما يطلق عليه اسم الكسوة •

قال في الأم [٧/٥٩] : وأقل مايكفي من الكسوة كل ماوقع عليه اسم كسوة، من عمامة أو سراويل أو إزار أو مقنعة ، وغير ذلك ، للرجل والمرأة •

الأدلـة :

١ ــ عمدة القائلين بأقل ما يجزيء في الصلاة :

ــ حمل الاسم على المعنى الشرعي ، فإن الكسوة بالمعنى الشرعي هو مايستر العورة وتجوز به الصلاة •

ــ قياس الكسوة على الإطعام ، فإنه لايجزيء فيه أقل مايقع عليه الاسم ، بل هو مقدر ، فكذلك الكسوة •

ـ العرف : وذلك أن الذي يلبس مالا يستر عورته إنما يسمى عرياناً لامكسياً، وكذلك الذي يلبس السراويل وحده ، أو مئزراً لايستر عورته يسمى عرياناً[1] •

٢ ـ والذين قالوا بوجوب ما يستر عامة البدن ، وأنه لايجزىء السراويل ، اعتمدوا في ذلك على العرف أيضاً : قال في الهداية في توجيه قول الشيخين : وهو الصحيح ، لأن لابسه يسمى عرياناً في العرف • [الهداية وشروحها : ١٨/٤ ـ ١٩]

وحجة الشافعي رحمه الله تعالى أن ذلك ورد مطلقاً في الشرع فيحمل على أقل مسماه • قال في الأم [٥٩/٧] بعد ذكره أقل مايجزىء : لأن ذلك كله يقع عليه اسم كسوة ، ولو أن رجلاً أراد أن يستدل بما تجوز فيه الصلاة من الكسوة على كسوة المساكين ، جاز لغيره أن يستدل بما يكفيه في الشتاء أو في الصيف أو في السفر من الكسوة ، ولكن لايجوز الاستدلال عليه بشيء من هذا ، وإذا أطلقه الله فهو مطلق • اهـ •

* * *

(١) بداية المجتهد : ٤٠٥/١ ، والمغني : ٥٤٥/٩ ، وفتح القدير : ١٩/٤

الباب الخامس
في
مذهب الصحابي وأثره

ويحتوي على فصلين :

الفصل الأول : مذهب الصحابي

الفصل الثاني : أثر القول بمذهب الصحابي

الفصل الأول

مذهب الصحابي

وفيه بيان :

— المراد بمذهب الصحابي وتحرير محل النزاع

— مذهب العلماء في حجيته وأدلتهم

— حال الصحابي الذي يحتج بقوله لدى من يقول به

المراد بمذهب الصحابي وتحرير محل الخلاف

لقد اتفق جمهور أئمة المسلمين وعلمائهم على أن أصحاب رسول الله ﷺ عدول :لا ترد شهادتهم ، ولا يطعن في روايتهم متى ثبتت عنهم ، وذلك للأدلة التالية:

١ ـ ثناء الله عزوجل عليهم في كتابه المحكم في أكثر من موطن • مثل : قوله تعالى : « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا » / البقرة : ١٤٣ / • وقوله تعالى : « كنتم خير أمة أخرجت للناس » / آل عمران : ١١٠ / • وهو خطاب مع الصحابة الموجودين زمنه ﷺ •

٢ ـ ما ورد من أحاديث عن النبي ﷺ تثني على أصحابه وتبين أنهم خير الناس ، وأنهم حصن الأمة ، وأن الاقتداء بهم اهتداء • مثل :

ـ قوله ﷺ : (خير أمتي قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم) •
[البخاري : ٥/٢]

ـ وقوله ﷺ : (أنا أمنة لأصحابي ، فإذا ذهبت أتى أصحابي مايوعدون ، وأصحابي أمنة لأمتي ، فإذا ذهب أصحابي أتى أمتي مايوعدون) •
[مسلم : ١٩٦١/٤]

ـ وقوله ﷺ : (أصحابي كالنجوم ، بأيهم اقتديتم اهتديتم) [1] •

وكل هذا ـ وكثير مثله ـ يقطع بعدالتهم •

---

(١) ذكره السيوطي في الجامع الكبير ، (١٠٣٥/١) وقال : رواه عبد بن حميد من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وغيره ، وذكر أن له روايات عدة أسانيدها كلها ضعيفة ؛ ولكن يشهد له الأحاديث الصحيحة .

٣ ــ ماظهر واشتهر بالنقل المتواتر الذي لامراء فيه : من مناصرتهم للرسول ﷺ والهجرة إليه ، والجهـاد بين يديه ، والمحافظة على أمور الدين ، والتشدد في امتثال أوامر الشرع ونواهيه ، حتى إنهم قاتلوا الأهل والأولاد ، حتى قام الدين واستقام ، ولا أدل على العدالة من ذلك .

وإنما اختلف العلماء في قول الصحابي إذا نقل إلينا بطريق صحيح،هل يجب على الأمة تقليده ؟ ... مع اتفاق الجميع على عدالته كما سبق . وهذا مانريد بيانه ، وما كان للخلاف في ذلك من أثر فقهي .

والمراد بمذهب الصحابي :

هــو ما نقل إلينا وثبت لدينا عن أحد أصحاب رسول الله ﷺ من فتوى أو قضاء ، في حادثة شرعية ، لم يرد فيها نص من كتاب أو سنة ولم يحصل عليها إجماع .

فإذا نقل إلينا شيء من هذا بطريق صحيح ، هل يجب العمل به ، ويعتبر حجة في بناء الأحكام تقدم على القياس ؟ أقول :

لاخلاف بين العلماء : أن مذهب الصحابي في مسائل الاجتهاد ــ إماماً كان أو حاكماً أو مفتياً ــ ليس بحجة على صحابي مجتهد آخر .

كذلك لاخلاف أن قوله ليس بحجة : إذا ظهر رجوعه عن ذلـك القول ، أو خالفه فيه غيره من الصحابة .

ومحل الخلاف :

فيما إذا ورد عن الصحابي قول في حادثة لم تحتمل الاشتهار فيما بين الصحابة ــ بأن كانت مما لاتعم به البلوى ، ولا مما تقع به الحاجة للكل ــ ثم ظهر نقل هذا القول في التابعين ومن بعدهم من المجتهدين ، ولم يرد عن غيره من الصحابة خلاف ذلك ، فهل قوله في مثل هذا حجة أو لا ؟ (١) .

---

(١) الإحكام : ٨١/٢ ، العضد : ٢٨٧/٢ ، كشف الأسرار : ٢٢٣/٣ ــ ٢٢٥ ، إعلام الموقعين : ١٢٠/٤

مذاهب العلماء في حجيته :

١ ــ ذهب مالك وأحمد ــ في إحدى الروايتين عنه [١] ــ رحمهما الله تعالى : إلى أنه حجة ، وتقليده واجب يترك به القياس مطلقاً .

٢ ــ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى ــ في الجديد إلى أنه ليس بحجة مطلقاً ، ولا يجوز تقليده [٢] . وهذا هو الرواية الثانية عن أحمد . ورجح هذا القول ابن الحاجب فقال : مذهب الصحابي ليس بحجة على صحابي اتفاقاً ، والمختار : ولا على غيرهم .

---

(١) الظاهر أن هذه الرواية هي الراجحة فقد ذكر ابن القيم الحنبلي : أن قول الصحابي ــ إذا لم يخالفه غيره ــ هو حجة وإجماع إن اشتهر ، وإن لم يشتهر فالذي عليه جمهور الأمة أنه حجة . اهـ . وكذلك النظر في الفروع يبين أخذ أحمد بقول الصحابي مطلقاً .

(٢) يرد ابن القيم هذه النسبة إلى الشافعي ويقول : وفيه نظر ، فإنه لايحفظ له في الجديد حرف واحد : أن قول الصحابي ليس بحجة ، وغاية هذا أنه يحكي أقوالاً للصحابة ثم يخالفها ، ومخالفة المجتهد لدليل معين ــ لما هو أقوى في نظره منه ــ لايدل على أنه لايراه دليلاً من حيث الجملة ، بل خالف دليلاً لدليل أرجح عنده منه . اهـ .

ويدعم رأيه هذا بأقوال قالها الشافعي في مذهبه الجديد منها :

أ ــ قوله : المحدثات ضربان : ما أحدث يخالف كتاباً أو سنة أو إجماعاً أو أثراً ، فهذه البدعة الضلالة . قال : فقد جعل مخالفة الأثر غير الكتاب والسنة والإجماع ضلالة ، وهذا فوق كونه حجة .

ب ــ قوله : والعلم طبقات : الأولى : الكتاب والسنة ، الثانية : الإجماع فيما ليس كتاباً ولا سنة ، الثالثة : أن يقول صحابي فلا يعلم له مخالف من الصحابة ، الرابعة : اختلاف الصحابة ، الخامسة : القياس .

قال : هذا كله كلامه في الجديد [إعلام الموقعين : ٤/١٢٠ ــ ١٢١] .

٣ ــ إنه حجة إذا خالف القياس [١] .

٤ ــ مذهب الحنفية ، وفيه تفصيل عندهم :

أ ــ إذا كان مما لايدرك بالرأي فهو حجة عندهم باتفاق [٢] .

ب ــ إذا كان مما يدرك بالرأي ، ولكنه اشتهر ولم يعرف له مخالف ، فهو حجــة .

جـ ــ إذا كان مما يدرك بالرأي ولم يشتهر ، فهــو مختلف فيه : قــال أبو الحسن الكرخي : إنــه ليس بحجة ، وقــال أبو سعيد البردعي : إنه حجة يترك به القيــاس [٣] .

---

(١) الظاهر أن القائلين بهذا هم الحنفية ، يدل عليه :

أ ــ قال في كشف الأسرار مستدلاً للأخذ بقول عائشة في مسألة ابن الأرقم : فتركوا القياس به ، لأن القياس لــما كان مخالفاً لقولهــا تعين جهة السمــاع فيــه (٣/٢١٩) .

ب ــ في ضمان عين البهيمة : أخذوا بقضاء عمر وقالوا : هــو حجة لمخالفته القياس ، ولذلك عملوا بالقياس في غير ماورد به النص . (هداية وشروحها : ٨/٣٥٢)

(٢) ذكر المحلي عن السبكي ان هذا قول الشافعي رحمه الله تعالى : قال : قال الشيخ الإمــام والد المصنف : إلا في الحكم التعبدي فقوله فيه حجــة ، لظهــور أن مستنده فيه التوقيف من النبي ﷺ ، كما قال الشافعي رضي الله عنه : روي عن علي رضي الله عنه أنه صلى في ليلة ست ركعات ، في كل ركعة ست سجدات : ولــو ثبت ذلك عن علي قلت به ، لأنه لامجال للقياس فيه ، فالظاهر انه فعله توقيفاً .
(الآيات البينات : ٤/١٩٤)

(٣) الإحكام : ٣/١٣٠، العضد : ٢/٢٨٧ ، كشف الأسرار : ٣/٢١٧ ، شروح المنار : ٧٣٣ ، إعلام الموقعين : ٤/١٢٠

أدلة القائلين بوجوب التقليد مطلقاً (١) :

احتج القائلون بوجوب التقليد ، وأنه حجة مطلقاً ، بالنقل والعقل :

أما النقل : فمن الكتاب :

١ ـ قوله تعالى : « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله » / آل عمران : ١١٠ / • قالوا : وهو خطاب مع الصحابة بأن ما يأمرون به معروف ، والمعروف يجب القول به •

٢ ـ قوله تعالى : « والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار والذين اتبعوهم بإحسان رضي الله عنهم ورضوا عنه » / التوبة : ١٠٠ / • قالوا : مدح الله سبحانه الصحابة والتابعين لهم بإحسان ، وإنما استحق التابعون لهم هذا المدح على اتباعهم بإحسان : من حيث الرجوع إلى رأيهم لا من حيث الرجوع إلى الكتاب والسنة ، ولو كان كذلك لكان استحقاق المدح باتباع الكتاب والسنة لا باتباع الصحابة ، وإذا تبين أن استحقاق المدح من حيث الرجوع إلى رأي الصحابة فإنما يكون ذلك في قول وجد منهم ، ولم يظهر من بعضهم فيه خلاف (٢) •

ومن السنة :

١ ـ قوله عليه الصلاة والسلام : (أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم)(٣) وكون الاقتداء بهم اهتداء هو المعني بحجية قولهم •

٢ ـ قوله عليه الصلاة والسلام : (عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي) (٤) وظاهر قوله (عليكم) للإيجاب وهو عام •

---

(١) ذكر ابن القيم ستة وأربعين دليلاً على حجية مذهب الصحابي . [إعلام الموقعين : ١٢٣/٤] وما بعدها .

(٢) الإحكام : ١٣٣/٤ ، حواشي المنار : ٧٣٣

(٣) انظر تخريجه ص ٣٣٨ حاشية ١

(٤) جزء من حديث أخرجه أبو داود في سننه عن العرباض بن سارية رضي الله عنه : ٥٠٦/٢

٣ ـ قوله عليه الصلاة والسلام : (اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر) [(١)] .

قالوا : هذه النصوص ظاهرة في وجوب الاقتداء بهم وتقليدهم ، ولا يمكن حمل ذلك على مخاطبة العامة والمقلدين ، لما فيه من تخصيص العموم من غير دليل ، ولما فيه من إبطال فائدة تخصيص الصحابة بذلك ، حيث إن الاتفاق واقع على جواز تقليد العامة لغير الصحابة من المجتهدين ، فلم يبق إلا أن يكون المراد به وجوب اتباع مذاهبهم .

وأما الإجماع :

فهو أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ولى علياً رضي الله عنه الخلافة بشرط الاقتداء بالشيخين فأبى ، وولى عثمان رضي الله عنه بنفس الشرط فقبل ، ولم ينكر عليه منكر ، فصار إجماعاً [(٢)] .

وأما المعقول : فمن وجوه :

١ ـ إن احتمال السماع والتوقيف في قول الصحابي ثابت ، بل الظاهر الغالب من حاله أنه يفتي بالخبر ، وإنما يفتي بالرأي عند الضرورة ، ويشاور القرناء لاحتمال أن يكون عندهم خبر ، فإذا لم يجد اشتغل بالقياس .

وذلك : لأن السماع أصل فيهم ، مقدم على الرأي عندهم ، حيث إنهم كانوا يصاحبون رسول الله ﷺ آناء الليل وأطراف النهار ، وعلى هذا لا يجعل قولهم منقطعاً عن السماع إلا بدليل ، وإذا ثبت احتمال السماع في قول الصحابي كان مقدماً على الرأي الذي ليس عند صاحبه خبر يوافقه ويقره ، فكان تقديم قول الصحابي على الرأي من هذا الوجه بمنزلة تقديم خبر الواحد على القياس .

---

(١) اخرجه الترمذي عن حذيفة وأبي هريرة رضي الله عنهما وقال : حديث حسن : ٢٧١/٥

(٢) العضد : ٢٨٨/٢ ، المستصفى : ١٣٥/١ ، الإحكام : ١٣٣/٤

٢ ـ إن قول الصحابي : إن كان صادراً عن رأي واجتهاد فهو أقوى من رأي غيره ، ويرجح على اجتهاد التابعي ومن بعده ، وذلك لمشاهدته التنزيل ، ومعرفته طريق رسول الله ﷺ في بيان الأحكام ، ووقوفه من أحوال النبي ﷺ ومراده في كلامه على مالم يقف عليه غيره • هذا إلى جانب زيادة احتياط في حفظ الأحاديث وضبطها ، واجتهاد وحرص وبذل جهد منهم في طلب الحق والقيام بما هو تثبيت لقوام الدين ، مع فضل درجة ليست لغيرهم ، كما نطقت الأخبار ، مثل قوله عليه الصلاة والسلام : (أنا أمان لأصحابي ، وأصحابي أمان لأمتي) [1] وقوله : (خير القرون قرني الذي بعثت فيهم) [2] •

كل هذا له أثر في إصابة الرأي ، وكونه أبعد عن الخطأ ، وبهذه المعاني ترجح رأيهم على رأي غيرهم ، وكان حال التابعي إلى الصحابي كحال العامي بالنسبة إلى المجتهد التابعي ، فوجب اتباعه له •

٣ ـ إن في قول الصحابي جهة الإجماع أيضاً ، لأن الظاهر أنه لو كان بينهم خلاف لظهر ، لاتحاد مكانتهم وطلب العلم من كل واحد منهم على السواء ، ومشاورة كل منهم قرناءه في كل مسألة اجتهادية ، لاحتمال أن يكون عند صاحبه خبر يمنعه من استعمال الرأي ، ولو ظهر الخلاف بينهم لوصل إلينا عن طريق التابعين ، حيث إنهم قد نصبوا أنفسهم لتبليغ الشرائع والأحكام •

ولو تحقق الإجماع لوجب العمل به قطعاً ، فإذا ترجح جهة وجود الإجماع في قول الصحابي كان العمل به أولى من العمل بقياس ليس فيه هذا المعنى •

٤ ـ إن قول الصحابي إذا انتشر ولم ينكر عليه منكر كان حجة ، فكذلك مع عدم الانتشار ، كقول النبي عليه الصلاة والسلام [3] •

---

(١) جمل من حديث أخرجه مسلم عن ابي بردة عن ابيه : ١٩٦١/٤

(٢) صحيح البخاري : ٢/٥ ، سنن أبي داود : ٥١٨/٢

(٣) شروح المنار : ٧٣٣ ، الإحكام : ١٣٣/٤ ، كشف الأسرار : ٢٢٢/٣

حجة القائلين به إذا خالف القياس :

إن الصحابي إذا قال قولاً يخالف القياس : فإما أن لايكون له فيما قال مستند أو يكون : ولا يجوز أن يقال بالأول ، لأن مؤداه أن الصحابي قال في الشريعة بحكم لادليل عليه ، والقول بحكم لادليل عليه محرم إجماعاً ، وحال الصحابي العدل ينافي ذلك . وإذاً فلا بد وأن هناك مستنداً لقوله ، ولا مستند وراء القياس سوى النقل ـ لأن الظاهر من حال المجتهد العدل أن لايخالف القياس بلا دليل يصلح مأخذاً للحكم الشرعي ـ فكان حجة متبعة ، واحتمال أن يكون قد ظن غير الحجة حجة لايدفع الظهور . بخلاف ما إذا كان مذهبه موافقاً للقياس ، فإنه يحتمل أن يكون مأخوذاً من ذلك القياس ، ولم يلزم أن يكون له حجة أخرى ، وقياس المجتهد لايصلح حجة على المجتهد الآخر (١) .

حجة القائلين بمذهب الصحابي فيما لايدرك بالرأي :

إذا قال الصحابي قولاً في حكم شرعي لابد وأن يكون له مستند من رأي أو سماع ، إذ لايجوز أن يحمل قول الصحابة على الكذب ـ فإنما انتقلت إلينا نصوص الدين بروايتهم ـ وفي حمل قولهم على الكذب والباطل قول بفسقهم ، وذلك يبطل روايتهم ، كما أنهم لايظن بهم المجازفة في القول .

وعلى هذا : فإذا كان قول الصحابي مما لايدرك بالقياس والرأي تعين أن يكون سنده السماع ، ويحمل على التوقيف والتنصيص من رسول الله ﷺ ، وصارت فتواه كروايته عن رسول الله ﷺ حيث لامدخل للرأي في هذا الباب ، ولا شك أنه لو ذكر سماعه عن رسول الله ﷺ كان ذلك حجة لإثبات الحكم به ، فكذا إذا أفتى به ولا طريق لفتواه إلا السماع ، فوجب العمل به لامحالة (٢) .

---

(١) الإحكام : ١٣٣/٤ ، العضد : ٢٨٨/٢

(٢) كشف الأسرار : ٢١٩/٣ ، شروح المنار : ٧٣٤

حجة القائلين بالنفي :

١ ــ قوله تعالى : « فاعتبروا يا أولي الأبصار » / الحشر : ٢ / •

أمر الله تعالى أولي الأبصار بالاعتبار ، والمراد الاجتهاد ، وذلك ينافي التقليد ، فالاجتهاد هو البحث عن الدليل ، والتقليد هو الأخذ بقول الغير من غير دليل ، والأخذ بقول الصحابي عمل بقول الغير من غير دليل ، فلا يجوز للمجتهد •

٢ ــ قوله تعالى : « فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول » • / النساء : ٥٩ / •

أوجب الله سبحانه الرد عند الاختلاف في الحكم إلى الله والرسول ، فالرد إلى مذهب الصحابي يكون تركا للواجب ، وهو ممتنع •

٣ ــ إن الصحابة قد ظهر فيهم الفتوى بالرأي ظهوراً لاوجه لإنكاره ، واحتمال الخطأ في اجتهادهم ثابت ، لكونهم غير معصومين عن الخطأ كسائر المجتهدين ، فقولهم يكون متردداً بين الخطأ والصواب ، ومحتملاً لهما كقول غيرهم ، فلا يقدم على القياس ، كقول التابعين •

٤ ــ بما أن الصحابي من أهل الاجتهاد والخطأ ممكن عليه ، فلا يجب على التابعي المجتهد العمل بمذهبه ، كالصحابيين والتابعيين •

٥ ــ لو كان مذهب الصحابي حجة على غيره من المجتهدين لوجب عليهم تقليده والأخذ بما أدى إليه اجتهاده ، مع تمكن المقلد من الاجتهاد وتحصيل الحكم بطريقه ، والأخذ مما أخذ الصحابي منه نص أو قياس ، وذلك باطل ، إذ لايجوز للمجتهد المتمكن من تحصيل الحكم بطريقه تقليد غيره اتفاقاً •

٦ ــ إن قول الصحابي لو كان حجة لكان لكونهم أعلم وأفضل من غيرهم ، لمشاهدتهم التنزيل وسماعهم التأويل ووقوفهم على أحوال النبي ﷺ ومراده من كلامه على مالم يقف عليه غيرهم ، ولو كان كذلك لكان قول الأعلم الأفضل ــ صحابياً كان أم غيره ــ حجة على من دونه ، لوجود العلة نفسها ، والأمر بخلاف ذلك ، إذ ليس للمجتهد تقليد من هو أفضل منه وأعلم •

٧ ــ أجمعت الصحابة على جواز مخالفة كل واحد من آحاد الصحابة المجتهدين للآخر ، فلم ينكر أبو بكر وعمر رضي الله عنهما على من خالفهما بالاجتهاد ، بل أوجبوا على كل مجتهد في مسائل الاجتهاد أن يتبع اجتهاد نفسه ، ولو كان مذهب الصحابي حجة لما كان كذلك ، ولكان يجب على كل واحد منهم اتباع الآخر ، وهو محال .

٨ ــ إن الصحابة قد اختلفوا في مسائل ، وذهب كل واحد خلاف مذهب الآخر ، كما في مسائل (الجد مع الإخوة) وقول القائل (أنت علي حرام) وغيرها . فلو كان مذهب الصحابي حجة على التابعين ، لكانت حجج الله تعالى متناقضة مختلفة ، ولم يكن اتباع التابعي للبعض أولى من البعض الآخر .

٩ ــ قول الصحابي ليس بحجة على غيره من المجتهدين في أصول الدين ، فلا يكون أيضاً حجة في فروعها ، والجامع بينهما تمكن المجتهد في الموضعين من الوقوف على الحكم بطريقه (١) .

تحقيق مذهب الشافعي رحمه الله تعالى في قول الصحابي (٢) :

نسب إلى الشافعي رحمه الله تعالى : أنه لايقول بمذهب الصحابي ولا يعتبره حجة مطلقاً ، بل يقول إنه لايجوز تقليده . ولقد نقلنا [ص ٣٤٠ حاشية ٢] ما رد به ابن القيم على هذه النسبة .

وبالرجوع إلى كتب الشافعي نفسه ، وإلى أقواله في الأصول ، واستنباطه الأحكام في الفروع ، يتحرر لدينا ما يلي :

---

(١) الأسنوي : ١٤٤/٣ ، الإحكام : ١٣١/٤ ــ ١٣٢ ، كشف الأسرار : ٢٢٠/٣ العضد : ٢٨٧/٢ ، المستصفى : ١٣٥/١

(٢) انظر في هذا كتاب [الشافعي] للشيخ الفاضل المرحوم محمد أبو زهرة : ٣٠٥ وما بعدها .

١ ـ إنه يأخذ بقول الصحابة رضي الله عنهم إذا اتفقوا على أمر ليس فيه كتاب ولا سنة ، ولم يعلم لهم فيه مخالف ، ويقدم قولهم هـذا على القيـاس ، لأنه من قبيل الإجمـاع .

ومثال هذا : ما قال به من وجوب شاة في صيد المحرم للحمام ، عملا بحكم الصحابة في هذا ، فإنه ذكر في الأم آثاراً عن الصحابة حكموا فيها بشاة لمن صاد حماماً وهو محرم ، ثم قال : من أصاب من حمام مكة بمكة حمامة ففيهـا شـاة ، اتباعاً لهذه الآثار التي ذكرنا عن عمر وعثمان وابن عباس وابن عمر وعاصم بن عمر وعطاء وابن المسيب ، لا قياساً .

وقال : ووجدت مذاهبهم مجتمعة على الفرق بين الحكم في الدواب والطائر ، لما وصفت من أن في الدواب مِثْلاً من النَّعم ، وفي الجرادة من الطائر قيمة ، وفيما دون الحمام .

ثم وجدت مذاهبهم تفرق بين الحمام وبين الجرادة ، لأن العلم يحيط أن ليس يسوى حمام مكة شاة ، وإذا كان هذا هكذا فإنما فيه اتباعهم ، لأنا لا نتوسع في خلافهم إلا إلى مثلهم ، ولم نعلم مثلهم خالفهم (١) .

٢ ـ إذا اختلفت أقوال الصحابة رضي الله عنهم أخذ ـ من أقوالهم ـ بما هو أقرب إلى ظاهر الكتاب أو السنة أو الإجماع ، أو بما هو أصح في القياس وبه أشبه ، أو بما عضده دليل آخر .

جاء في الرسالة [٥٩٦] على سبيل المناظرة :

قال : قد سمعت قولك في الإجماع والقياس ، بعد قولك في حكم كتاب الله وسنة رسوله ، أرأيت أقاويل أصحاب رسول الله إذا تفرقوا فيها ؟

فقلت : نصير منها إلى ما وافق الكتاب ، أو السنة ، أو الإجماع ، أو كان أصح في القياس . اهـ .

---

(١) الأم : ٢/١٦٦ ـ ١٦٧ ، وانظر المسألة في الفصل الثاني ، ومسألة النظير في جزاء الصيد ، وانظر دليله في مسألة تغريب البكر الزاني في الفصل الثاني من الباب الأول .

وأمثلته على هذا في الفروع كثيرة :

ـ فقد أخـذ بقول ابن عباس رضي الله عنه في منع المبيع قبـل قبضه في المطعوم وغيره ، وقال : وهذا القياس ، وأخذ بقوله أيضا في عدم قبول شهـادة الصبيان وقال : وقول ابن عباس رضي الله عنهما أشبه بالقرآن والقياس .

كما أخذ بقوله في وقت قطع التلبية في العمرة ، وغير ذلك من المسائل .

ـ وكذلك أخذ بقول عمر وابنه وعثمان ـ رضي الله عنهم ـ في جزاء صغار الصيد ، لأنه أشبه بظاهر القرآن .

ـ وبقول عمر في خيار العيب في النكاح لأنه شبيه بالقياس على الإيلاء ، وغير ذلك من المسائل .

ـ ومثال ما عضده دليل آخر عنده :

ـ أخذه بقول علي رضي الله عنه ـ وقد خالفه عمر ـ في زوجة المفقود ، لأنه عضده عنده دليل آخر وهو الاستصحاب[1] .

٣ ـ أنه يأخذ بقول الصحابي إذا لم يعرف عن غيره أنه وافقه في ذلك أو خالفه ، والظاهر أنه لايقدمه على القياس ، وإن كان ـ كما قال ـ يندر أن يوجد قول مثل هذا ، لم يعرف فيه خلافهم او إجماعهم .

جاء في الرسالة [٥٩٦] :

قال : أفرأيت إذا قال أحدهم القول لايحفظ عن غيره منهم فيـه له موافقة ولا خلافاً ، أتجد لك حجة باتباعه ـ في كتاب أو سنة أو أمر أجمع الناس عليه ـ فيكون من الأسباب التي قلت بها خبرا ؟ قلت له : ما وجدنا في هذا كتابا ولا سنة ثابتة ، ولقد وجدنا أهل العـلم يأخذون بقول واحدهم مـرة ويتركونه أخرى ، ويتفرقوا[2] في بعض ما أخذوا به منهم .

---

(١) انظر هذه المسائل وغيرها في الفصل الثاني ، ففيه بيان موقفه في كل مسألة.

(٢) قال المحقق احمد شاكر : هكذا في الأصل بحذف النون وإثبات الف بعد الواو،وهو شاهد آخر على استعمال الفعل المرفوع بصورة المنصوب والمجزوم تخفيفا.

قال : فإلى أي شيء صرت من هذا ؟ قلت : إلى اتباع قول واحد إذا لم أجد كتابا ولا سنة ولا إجماعا ولا شيئا في معناه يحكم له بحكمه ، أو وجد معه قياس . وقل ما يوجد من قول الواحد منهم لا يخالفه غيره من هذا . اهـ .

ـ وقد يصلح مثالا على هذا ما جاء من قوله في وصية أبي بكر ليزيد بن أبي سفيان رضي الله عنهم ـ وقد ترك قوله في تحريق الشجر وتخريب العامر مؤولا له ـ وكل شيء في وصية أبي بكر سوى هذا فبه تأخذ [(١)] .

ـ وكذلك أخذه بقول عثمان رضي الله عنه في ترك الجمعة لمن صلى العيد من أهل القرى[(٢)] .

٤ ـ هذا وكثيرا ما نجده ـ رحمه الله تعالى ـ يستأنس ويسترشد بأقوال الصحابة رضي الله عنهم في فهم كتاب الله تعالى وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام .

ومن أمثلة ذلك بيان مقدار الجزية ، والجزاء المراد في آية الصيد ، ووجوب الزكاة في مال الصبي والمجنون[(٣)] .

ومذهب الشافعي رحمه الله تعالى ـ على هذا التحقيق ـ أرجح عندي من غيره ، وذلك : أن الصحابة رضي الله عنهم إذا اتفقوا على حكم شرعي في حادثة كان اتفاقهم هذا أقرب إلى الإجماع ، إن لم نقل إنه هو الإجماع ، ولا شك أن هذا يورث غلبة ظن أن الحق فيما اتفقوا عليه .

وأما إذا اختلفوا في حادثة على أقوال ، فغالب الظن أن الحق لا يخرج عن أقوالهم هذه ، وهم أصحاب رسول الله ﷺ وتلامذته ، والحق لا يتعدد ، فلا بد أن يكون بجانب أحدهم ، فإذا عضد قول أحدهم ظاهر من الكتاب أو السنة ، أو شبه بالقياس ، كان هذا مرجحا أن الحق إلى جانبه ، فيكون الأخذ به أقرب إلى السلامة .

---

(١) الأم : ٤/١٨٤ وانظر المسألة في الفصل الثاني .

(٢) الأم : ١/٢١٢ وانظر المسألة في الفصل الثاني .

(٣) انظر المسائل في مواضعها من الفصل الآتي .

وفي حال قول الصحابي قولا ـ ولم ينقل لنا مخالفة غيره له ولا موافقته ـ يغلب على الظن أنه لا مخالف له ، لأن الصحابة لم يكونوا بعيدين عن بعضهم ، كما أنهم كانوا يتشاورون في الأمور ، ويجهدون أنفسهم لمعرفة الحق ، ولا يخافون لومة لائم في بيانه ورد ما يتعارض معه ، وعلى هذا فاحتمال قول أحدهم قولا وعدم اطلاع غيره عليه احتمال ضعيف . وكذلك كان التابعون من بعدهم متوفرين وجاهدين لنقل فتاوى أصحاب رسول الله ﷺ وقضاياهم ، ومهتمين بمعرفة آرائهم ومذاهبهم ، وحريصين على تبليغ ذلك لمن بعدهم ، فلو كان هناك اختلاف لعرفوه ، وبالتالي لنقلوه إلينا ، وعلى هذا يترجح لدينا أنه ليس هناك من يخالفه ، ويكون داخلا في النوع الذي اتفقوا عليه ، وإن كان أقل منه رتبة ، للاحتمال الضعيف ، ولذا قلنا : الظاهر أن الشافعي رحمه الله تعالى لا يقدم هذا النوع على القياس ، لأنه أقوى ظنا ، والله تعالى أعلم .

حال الصحابي الذي يحتج بقوله :

ذكر العلماء تعاريف عدة للصحابي ، منها :

١ ـ هو من اجتمع بالنبي ﷺ مؤمنا به ومات على الإسلام ، وإن لم يختص به اختصاص الصاحب بالمصحوب ، ولا طالت مدة صحبته ولا روى عنه .

وهذا تعريف علماء الحديث والكلام ، وبدهي أن الصحابي بهذا المعنى الواسع ليس هو المراد لدى من قال بحجية مذهب الصحابي ، إذ قد يكون الواحد من هؤلاء لم يلق النبي ﷺ إلا مرة أو مرتين ، ولم يرو عنه إلا الحديث أو الحديثين ، فكان لزاما أن يكون للصحابي الذي يحتج بقوله غير هذا التعريف .

٢ ـ لذا عرفه علماء الأصول بما يلي :

الصحابي : هو من لقي النبي ﷺ وآمن به ، ولازمه زمنا طويلا ، وأخذ عنه العلم ، واختص به اختصاص الصاحب بالمصحوب حتى صار يطلق عليه اسم الصاحب عرفا .

وذلك : كالخلفاء الراشدين وعبد الله بن مسعود وأنس بن مالك ، وزوجات النبي ﷺ ، وغيرهم ، رضي الله عنهم ، ممن جمع إلى الإيمان والتصديق ملازمة النبي ﷺ ، فوعوا أقواله ، وشهدوا أفعاله ، وعملوا على التأسي والاقتداء به ، فكانوا مرجعا للناس فيما بلغ رسول الله ﷺ عن ربه .

علما بأن الصحابة ـ رضي الله عنهم أجمعين ـ لم يكونوا على درجة واحدة من الفقه والاستنباط ، كما لم يكونوا على درجة واحدة بكثرة الرواية عن رسول الله ﷺ . ولقد اشتهر من بينهم جماعة عرفوا بالفتوى ، واشتهروا بالعلم ، فكانوا موئل المسلمين في فهم الشريعة كلما حزبهم أمـر ، فأمثال هؤلاء هم الذين يحتج بقولهم من رآه حجة في بنـاء الأحكام الشرعية ، ولذا قيد جلال الدين المحلي الصحابي الذي يبحث في حجية قوله : بالمجتهد[1] .

★ ★ ★

(١) الإحكام : ٨٢/٢ ، الآيات البينات : ١٩٤/٤ مع شرح المحلي . وانظر اثر الاختلاف : بحث مذهب الصحابي .

الفصل الثاني

أثر القول بمذهب الصحابي

وفيه المسائل الآتية :

١ ـ حكم سجود التلاوة .
٢ ـ صلاة الجمعة لمن صلى العيد .
٣ ـ الزكاة في مال الصبي والمجنون .
٤ ـ زكاة الحلي .
٥ ـ متى يقطع المعتمر التلبية .
٦ ـ افتراق الزوجين في حج القضاء المفسد بالجماع .
٧ ـ جزاء الصيد في الحرم وللمحرم .
٨ ـ جزاء صغار الصيد .
٩ ـ جزاء صيد الحمام .
١٠ ـ شراء ما باعه بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن .
١١ ـ وجوب المهر بالخلوة وإرخاء الستور .
١٢ ـ حكم النكاح في العدة .
١٣ ـ خيار العيب في النكاح .
١٤ ـ الحكم بالتفريق لزوجة المفقود .
١٥ ـ إرث المطلقة في مرض الموت .
١٦ ـ الضمان في الجناية على الحيوان .
١٧ ـ القطع على الخادم .
١٨ ـ نكاية العدو في الأموال .
١٩ ـ القدر الواجب في الجزية .

لقد كان لهذا الدليل والاختلاف فيه أثر بين في الاختلاف في كثير من الفروع الفقهية ، بين من أطلق القول به ومن قيد ، ومن أطلق القول بتركه أو استأنس • لاسيما وأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا من الكثرة بحيث لايحصون ، وكان الكثير منهم من ذوي الاجتهاد والفتوى ، وكثرت أقوالهم وفتاواهم اطراداً مع كثرتهم •

علما بأن الصحابة رضي الله عنهم قد انتشروا في الأمصار التي فتحت ، واطلعوا على أشياء مختلفة ومتنوعة ، فاختلفت اجتهاداتهم وفتاواهم وتنوعت، حسب اختلاف الأمصار وتنوع الحوادث • فكان من البدهي أن يوجد اختلاف في أقوالهم ، ولربما اطلع إمام من الأئمة على قول أحدهم ولم يبلغه خلاف غيره فيه فيكون حجة عنده ، بينما يطلع الآخر على الخلاف فلا يأخذ به ، أو يرجح غيره عليه لمرجح معتبر عنده •

على أن الصحابة رضي الله عنهم ليسوا على مرتبة واحدة ــ كما ذكرنا ــ في العلم والسماع والفهم عن رسول الله ﷺ ، وهذا من شأنه أن يجعل الإمام الفقيه يقدم قول من يراه أوثق علما ، وأدق فهما ، وأوسع اجتهادا على غيره ، بينما يرى غيره غير ما رأى ، فيكون الخلاف لاختلاف الاعتبار في التقديم •

ولهذه الاعتبارات نجد أن مذهب الصحابي كان سببا بارزا من أسباب الاختلاف ، وكان له أثر كبير في اختلاف المذاهب الفقهية •

وسأعرض في هذا الفصل ــ إن شاء الله تعالى ــ بعض المسائل الفقهية التي تبرز هذا الأثر •

المسألة الأولى : حكم سجود التلاوة :

اختلفوا في حكم سجود التلاوة : أهو واجب أو سنة ؟ •

١ ــ قال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى : هو سنة ، أو فضيلة ــ عند مالك ــ وليس بواجب •

قال الزرقاني في شرحه على الموطأ [١٩٤/٢] : وهو سنة أو فضيلة ، قولان مشهوران .

وقال الشافعي في الأم [١١٩/١] : ولا أحب أن يدع شيئا من سجود القرآن، وإن تركه كرهته له ، وليس عليه قضاؤه ، لأنه ليس بفرض .

وقال الخرقي [المغني : ٤٤٦/١] : ومن سجد فحسن ، ومن ترك فلا شيء عليه . قال ابن قدامة : إن سجدة التلاوة سنة مؤكدة ، وليست بواجب عند إمامنا .

٢ ــ وقال أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى : إنه واجب .

قال في بداية المبتدي [٣٨٢/١] بعد ذكره مواضع السجود : والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع، سواء قصد سماع القرآن أو لم يقصد.

الأدلـة :

١ ــ احتج مالك وأحمد رحمهما الله تعالى بقول الصحابي ، وذلك ما رواه مالك في الموطأ [٢٠٦/١] عن هشام بن عروة عن أبيه : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قرأ سجدة وهو على المنبر يوم الجمعة ، فنزل وسجد ، وسجد الناس معه ، ثم قرأها يوم الجمعة الأخرى ، فتهيأ الناس للسجود ، فقال : على رسلكم ، إن الله لم يكتبها علينا إلا أن نشاء ، فلم يسجد ومنعهم أن يسجدوا . اهـ .

قالوا : وهذا بمحضر الصحابة ، فلم ينكر عليه أحد ، ولم ينقل عن أحد منهم خلاف ، وهم أفهم بمغزى الشرع وأقعد بفهم الأوامر الشرعية[١] .

٢ ــ واحتج الشافعي رحمه الله تعالى : بأن السجود صلاة ، والصلاة التي فرضت في الكتاب ذكرت مجملة ، ثم بينتها السنة ، فدل البيان وعمل النبي ﷺ على أن الصلاة المفروضة هي الصلوات الخمس ، وكل ما عداها مما يسمى صلاة فليس بفرض .

---

(١) المغني : ٤٤٦/١ ، بداية المجتهد : ٢١٤/١ ، الزرقاني على الموطأ : ١٩٤/٢ ، ١٩٦ .

قال في الأم [١/١١٨ ــ ١١٩] : فإن قال قائل : ما دل على أنه ليس بفرض ؟

قيل : السجود للصلاة ، قال الله تعالى : « إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتا » / النساء : ١٠٣ / • فكان الموقوت يحتمل مؤقتا بالعدد ومؤقتا بالوقت، فأبان رسول الله ﷺ أن الله عز وجل فرض خمس صلوات • فقال رجل : يا رسول الله هل علي غيرها ؟ قال لا • الا أن تطوع • فلما كان سجود القرآن خارجا من الصلوات المكتوبات ، كانت سنة اختيار ، فأحب إلينا أن لا يدعه ، ومن تركه ترك فضلا لا فرضا •

وقال : وفي سجود النبي ﷺ في النجم ، دليل على ما وصفت ، لأن الناس سجدوا معه إلا رجلين ، والرجلان لايدعان الفرض ــ إن شاء الله ــ ولو تركاه أمرهما رسول الله ﷺ بإعادته •

وذكر حديث أبي هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ قرأ بالنجم فسجد ، وسجد الناس معه إلا رجلين •

وحديث زيد بن ثابت : أنه قرأ عند رسول الله ﷺ بالنجم ، فلم يسجد فيها •

قال الشافعي : وفي هذين الحديثين دليل على أن سجود القرآن ليس بحتم ، ولكنا نحب أن لايترك لأن النبي ﷺ سجد في النجم وترك[١] •

٣ ــ واحتج أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى :

أ ــ بقوله ﷺ : (السجدة على من سمعها وعلى من تلاها)[٢] •

وجه الاستدلال بالحديث أن كلمة (على) كلمة إيجاب ، وهذا يدل على وجوب السجود على التالي والسامع •

---

(١) وانظر صحيح البخاري : ٢/٥١ ، وسنن أبي داود : ١/٣٢٤ .

(٢) قال في الفتح : رفعه غريب (١/٣٨٢) وقال في نصب الراية : حديث غريب، واخرج ابن ابي شيبة في مصنفه عن ابن عمر (رضي الله عنه) أنه قال : السجدة على من سمعها ، وفي صحيح البخاري : إنما السجود على من استمع (٢/١٧٨) وانظر صحيح البخاري : ٢/٥٢ •

ب ـ أخرج مسلم [٨٧/١] عن أبي هريرة رضي الله عنه في الإيمان يرفعه : (إذا قرأ ابن آدم السجدة اعتزل الشيطان يبكي يقـول : يا ويله ؟ أمر ابن آدم بالسجود فسجد فله الجنة ، وأمرت بالسجود فأبيت فلي النار) •

قالوا : والأصل أن الحكيم إذا حكى عن غير الحكيم كلاما ولم يعقبه بالإنكار كان دليل صحته ، فهذا ظاهر في الوجوب ، حيث جوزي الفاعل بالجنة والتارك بالنار ، ولا يجزى بالنار إلا على ترك الواجب •

د ـ قالوا : إن آي السجدة تفيد الوجوب ، لأنها ثلاثة أقسام :

ـ قسم فيه الأمر الصريح بالسجود •

ـ قسم تضمن حكاية استنكاف الكفرة حيث أمروا به •

ـ قسم فيه حكاية فعل الأنبياء السجود •

قالوا : وكل من الامتثال والاقتداء ومخالفة الكفرة واجب ، إذ الأصل هو حمل الأوامر والأخبار ـ التي تنزل منزلة الأوامر ـ على الوجوب ، إلا أن يدل دليل في معين على عدم لزومه • لكن دلالتهـا فيـه ظنية ، فكان الثابت الوجوب لا الفرض • والاتفاق على أن ثبوتها على المكلفين مقيد بالتلاوة لا مطلقا ، فلزم كذلك[١] •

المسألة الثانية : صلاة الجمعة لمن صلى العيد :

اختلف العلماء فيما إذا كان الفطر أو الأضحى يوم جمعة ، هل تجزىء صلاة العيد عن حضور صلاة الجمعة ؟ •

١ ـ ذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى : أن أهل القرى الذين تلزمهم الجمعة، إذا حضروا العيد ، يرخص لهم أن لا يحضروا الجمعة ، وأما أهل البلد فلا يسقط عنهم حضورها •

---

(١) الهداية وشروحها : ٣٨٢/١ ، وانظر بداية المجتهد : ٢١٤/١ ـ ٢١٥ •

قال في الأم [١/٢١٢] : وإذا كان يوم الفطر يوم الجمعة ، صلى الإمام العيد حين تحل الصلاة ، ثم أذن لمن حضره من غير أهل المصر في أن ينصرفوا إن شاؤوا إلى أهليهم ، ولا يعودون إلى الجمعة ، والاختيار لهم أن يقيموا حتى يجمعوا ، أو يعودوا بعد انصرافهم إن قدروا حتى يجمعوا ، وإن لم يفعلوا فلا حرج إن شاء الله تعالى .

وقال : وهكذا إن كان يوم الأضحى ، لا يختلف إذا كان ببلد يجمع فيه الجمعة ويصلى العيد . وقال : ولا يجوز هذا لأحد من أهل المصر أن يدعوا أن يجمعوا ، إلا من عذر يجوز لهم به ترك الجمعة ، وإن كان يوم عيد . اهـ .

٢ ــ وذهب أحمد رحمه الله تعالى إلى : أن حضور الجمعة يسقط عمن صلى العيد من أهل القرى وأهل البلد على السواء إلا الإمام .

قال في المغني [٢/٢٦٥] : وإن اتفق عيد في يوم جمعة ، سقط حضور الجمعة عمن صلى العيد إلا الإمام ، فإنها لا تسقط عنه إلا أن لايجتمع له من يصلي به الجمعة اهـ .

٣ ــ وذهب مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى إلى أنه لايسقط حضورهما عن أحد ، ولا يغني حضور أحدهما عن الآخر .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١/٢١١] : قال مالك : إذا اجتمع عيد وجمعة، فالمكلف مخاطب بهما جميعا : العيد على أنه سنة ، والجمعة على أنها فرض ، ولا ينوب أحدهما عن الآخر . اهـ .

وقال في الهداية [١/٤٢٣] : وفي الجامع الصغير : عيدان اجتمعا في يوم واحد : فالأول سنة ، والثاني فريضة ، ولا يترك واحد منهما . اهـ .

٤ ــ وقال عطاء بن أبي رباح : إذا صلوا العيد لم تجب بعده في هذا اليوم صلاة الجمعة ، ولا الظهر ، ولا غيرهما إلا العصر ، لا على أهل القرى ولا أهل البلد. [المجموع : ٤/٣٦١]

الأدلـة :

١ ــ عمدة الشافعي رحمه الله تعالى :

ما رواه مالك [الموطأ : ١/١٧٩] عن ابن شهاب عن أبي عبيد مولى ابن أزهر قال : شهدت العيد مـع عثمان بن عفان ، فجاء فصلى ثم انصرف فخطب ، وقال : إنه قد اجتمع لكم في يومكم هذا عيدان ، فمن أحب من أهل العالية[1] أن ينتظر الجمعة فلينتظرها ، ومن أحب أن يرجع فقد أذنت له . اهـ . قال هذا في محضر من الصحابة وعلى ملأ منهم ، ولم ينكر عليه أحد .

والشافعي رحمه الله تعالى على أصله بعمل قول الصحابي هذا ، حيث إنـه يوافق القياس، لأن أهل القرى : لو كلفوا انتظار الجمعة وعدم الرجوع إلى أهليهم، أو كلفوا بالعود إليها بعد ذهابهم ، لكان في ذلك مشقة عليهم ، وحضور الجمعة يسقط بالمشاق[2] .

٢ ــ واحتج أحمد وأصحابه رحمهم الله تعالى :

أ ــ بما روى إياس بن أبي رملة الشامي : قال : شهدت معاوية يسأل زيد بن أرقم : هل شهدت مع رسول الله ﷺ عيدين اجتمعا في يوم واحد ؟ قال : نعم ، قال : فكيف صنع ؟ قال : صلى العيد ثم رخص في الجمعة ، فقال : (من شاء أن يصلي فليصل) رواه أبو داود [١/٢٤٦ ــ ٢٤٧] وأحمد ولفظه : (من شاء أن يجمع فليجمع) .

ب ــ وما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ قال : (اجتمع في يومكم هذا عيدان ، فمن شاء أجزأه من الجمعة ، وإنا مجمعون) .
[أبو داود : ١/٢٤٦ ــ ٢٤٧]

جـ ــ قالوا : إن الجمعة إنما زادت عن الظهر بالخطبة ، وقد حصل سماعها

---

(١) العالية : أماكن بأعلى أراضي المدينة ، وهي قرى بالنسبة إليها .

(٢) المجموع : ٤/٣٦٠ ، الأم : ١/٢١٢ ، مغني المحتاج : ١/٣١٦ .

في العيد ، فيجزىء عن سماعها ثانيا ، وكذلك العيد والجمعة وقتهما واحد ، فسقطت إحداهما بالأخرى ، كالجمعة مع الظهر .

وأما الإمام : فلم تسقط عنه لقول النبي ﷺ (وإنا مجمعون) ، ولأنه لو تركها ، لامتنع فعل الجمعة في حق من تجب عليه ، ومن يريدها ، ممن سقطت عنه . [المغني : ٢/٢٦٥ ـ ٢٦٦]

٣ ـ وحجة أبي حنيفة ومالك رحمهما الله تعالى : أن الأصل حضور العيد والجمعة ـ أما الجمعة فلأنها فريضة ، وأما العيد فلأن تركها بدعة وضلال ـ ولا يترك الأصل إلا أن يثبت في ذلك شرع يجب المصير إليه .

هذا ، والظاهر أن قول عثمان رضي الله عنه في هذا الباب ليس من قبيل ما يدرك بالرأي ، ومن المعلوم أن الحنفية يعتمدون قول الصحابي مطلقا ويقدمونه على القياس إذا كان مما لا يدرك بالرأي ، فلعل هذا الحديث لم يثبت عندهم حتى خالفوه .

٤ ـ وأما مالك رحمه الله ، وهو راوي الحديث عن عثمان ، فوجه مخالفته له وعدم الأخذ به ـ وهو الذي يعتمد قول الصحابي مطلقا دون أي شرط ـ هو ما ذكره الزرقاني في شرحه على الموطأ ، إذ قال بعد ذكره الحديث :

يجوز إذا أذن الإمام ، وبه قال مالك في رواية علي وابن وهب ومطرف وابن الماجشون ، وأنكر رواية ابن القاسم بالمنع وبالجواز ، وقال : وروى ابن القاسم عن مالك أن ذلك لا يجوز ، وأن الجمعة تلزمهم على كل حال . قال : ولم يبلغني أن أحدا أذن لهم غير عثمان . ووجهه عموم قوله تعالى : « فاسعوا إلى ذكر الله » / الجمعة : ٩ / . وأن الفرائض ليس للأئمة الإذن في تركها ، وإنما ذلك بحسب العذر ، وإنما لم ينكر على عثمان لأن المختلف فيه لا يجب إنكاره ، على أن بعضهم قال : ليس في كلام عثمان هذا تصريح بعدم العود إلى المسجد لصلاة الجمعة ، حتى

يستدل به على سقوطها إذا وافق العيد يوم الجمعة ، ويحتمل أنهم لم يكونوا ممن تلزمهم الجمعة لبعد منازلهم عنها[1] .

٥ ـ وحجة عطاء مارواه هو إذ قال : اجتمع يوم جمعة ويوم عيد على عهد ابن الزبير ، فقال : عيدان اجتمعا ، فجمعهما فصلاهما ركعتين بكرة ، لم يزد عليهما حتى صلى العصر . رواه أبو داود بإسناد صحيح على شرط مسلم .

وعنه قال : صلى ابن الزبير في يوم عيد يوم جمعة أول النهار ، ثم رحنا إلى الجمعة فلم يخرج إلينا ، فصلينا وحدانا ، وكان ابن عباس بالطائف ، فلما قدم ذكرنا ذلك له ، فقال : أصاب السنة . رواه أبو داود بإسناد حسن أو صحيح على شرط مسلم . [المجموع : ٣٦١/٤ ، وانظر سنن أبي داود : ٢٤٦/٢]

المسألة الثالثة : الزكاة في مال الصبي والمجنون :

اختلف الأئمة في وجوب الزكاة في مال الصبي والمجنون :

١ ـ ذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى أنها تجب في مالهما مطلقـا .

قال في بداية المجتهد [٢٣٦/١] : فأما الصغار فإن قوما قالوا تجب الزكاة في أموالهم ، وبه قال : مالك . .

وقال في الشرح الكبير [٤٥٥/١] : وفي مائتي درهم شرعي،أو عشرين دينارا فأكثر ، أو مجمع منهما بالجزء ربع العشر ، وإن لطفل أو مجنون .

وقال في الأم [٢٣/٢] : وتجب الصدقة على كل مالك تام الملك من الأحرار ، وإن كان صبيا ، أو معتوها ، أو امرأة ، لا افتراق في ذلك بينهم . وقال : وسواء كل مال اليتيم : من ناض وماشية وزرع وغيره ، فما وجب على الكبير البالغ فيه الزكاة وجب على الصغير فيـه الزكاة ، والمعتوه ، وكل حـر مسلم ، وسواء في ذلك الذكر والأنثى .

---

(١) بداية المجتهد : ٢١١/١ ، الزرقاني على الموطأ : ١١٥/٢ ، الهداية وشروحها : ٤٢٣/١

وقال الخرقي [المغني : ٢/٤٦٥] : والصبي والمجنون يخرج عنهما وليهما ٠ قال ابن قدامة : إن الزكاة تجب في مال الصبي والمجنون ، لوجود الشرائط الثلاث فيهما : وهي الحرية والإسلام والملك التام ، ويخرجهما عنهما وليهما ٠

٢ ــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه لا زكاة عليهما ، وإنما عليهما العشر فيما تخرجه الأرض ٠

قال في بداية المبتدي [١/٤٨٣] : وليس على الصبي والمجنون زكاة ٠

٣ ــ وقال النخعي والحسن وسعيد بن جبير: ليس في مال اليتيم صدقة أصلاً [١] ٠

٤ ــ وفرق قوم بين الناض وغيره فقالوا : عليه الزكاة إلا في الناض[١] ٠

الأدلـة :

١ ــ عمدة الإمام مالك رحمه الله تعالى ما رواه في الموطأ من قول عمر ، وعمل عائشة رضي الله عنهما ٠

جاء في الموطأ [١/٢٥١] : عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال : اتجروا في أموال اليتامى ، لا تأكلها الصدقة ٠ ووجه الاستدلال به : أنه إنما تأكلها الصدقة بإخراجها ، وإنما يجوز إخراجها إذا كانت واجبة ، لأنه ليس لولي اليتيم أن يتبرع بماله ٠

وجاء أيضا : عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أنه قال : كانت عائشة تليني وأخا لي يتيمين في حجرها ، فكانت تخرج من أموالنا الزكاة ٠ وهذا صريح في المطلوب ٠ [وانظر الزرقاني : ٢/٣٢٥]

٢ ــ واحتج الحنابلة بما روي من قول عمر وعائشة رضي الله عنهما ٠ وكذلك بما أخرجه الدارقطني [٢/١١٠] عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما مرفوعا إلى النبي ﷺ أنه قال : (من ولي يتيما له مال فليتجر له، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة) ٠

ووجه الاستدلال به ما ذكرناه في وجه الاستدلال بقول عمر ٠

---

(١) بداية المجتهد : ١/٢٣٦ . والناض : هو ما تحصل وتجمع من الأثمان .

وقالوا أيضا : الزكاة حق يتعلق بالمال فيجب في مالهما ، قياسا على سائر الحقوق المالية من النفقة وقيم المتلفات • ومن وجب العشر في زرعه وجب ربع العشر في وَرِقه ــ ما يملكه من الفضة ونحوها ــ كالبالغ العاقل • [المغني : ٢/٤٦٥]

٣ ــ واحتج الشافعي رحمه الله تعالى بالكتاب والسنة والقياس وأقوال الصحابة رضي الله عنهم :

أما الكتاب : فهو أن الله سبحانه وتعالى ذكر في كتابه : أنه ملك عباده المال ، وجعل فيه حقا لغيرهم ، وأمر نبيه ﷺ أن يأخذ هذا الحق في وقته ، ولم يفرق بين مالك وآخر ، كما أنه سبحانه لم يخص مالا دون مال •

قال في الأم : الزكاة في مال اليتيم كما في مال البالغ ، لأن الله عز وجل يقول : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » / التوبة : ١٠٣ / • فلم يخص مالا دون مال •

وقال : الناس عبيد الله عز وجل ، فملكهم ما شاء أن يملكهم ، وفرض عليهم فيما ملكهم ما شاء : « لا يسأل عما يفعل وهم يسألون » / الأنبياء : ٢٣ / • فكان فيما آتاهم أكثر مما جعل عليهم فيه ، وكل أنعم فيه عليهم جل ثناؤه • فكان فيما فرض عليهم فيما ملكهم زكاة ، أبان أن في أموالهم حقاً لغيرهم في وقت ، على لسان نبيه ﷺ ، فكان حلالا لهم ملك المال ، وحراما عليهم حبس الزكاة ، لأنه ملكها غيرهم في وقت كما ملكهم أموالهم دون غيرهم • فكان بينا فيما وصفت وفي قول الله تعالى : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم » أن كل مالك تام الملك ــ من حر له مال فيه زكاة ــ سواء في أن عليه فرض الزكاة ، بالغا كان أو صحيحا أو معتوها أو صبيا ، لأن كلا مالك ما يملك صاحبه ، وكذلك يجب في ملكه ما يجب في ملك صاحبه •

وأما السنة : فما رواه في الأم عن يوسف بن ماهك : أن رسول الله ﷺ قال : (ابتغوا في أموال اليتامى حتى لا تذهبها ــ أو لا تستهلكها ــ الصدقة) •

وأما القياس : فهو أن الزكاة حق يتعلق بالمال ، فيجب على الصبي والمجنون كما تجب عليهما سائر الحقوق المالية • قال في الأم : كما يلزم الصبي والمعتوه نفقة من تلزم الصحيح البالغ نفقته ، ويكون في أموالهما جنايتهما على أموال الناس كما يكون في مال البالغ العاقل ــ وكل هذا حق لغيرهم في أموالهم ــ فكذلك الزكاة ، والله أعلم • [الأم : ٢/٢٣ ــ ٢٤]

وأما أقوال الصحابة :

١ ــ فما رواه مالك عن عائشة رضي الله عنها •

٢ ــ ما رواه عن عمر رضي الله عنه أنه قال لرجل : إن عندنا مال يتيم قد أسرعت فيه الزكاة • [الأم : ٢/٢٣ ــ ٢٤]

هذا وذكر الخطيب الشربيني في مغني المحتاج [١/٤٠٩] أدلة غير هذه وقال : ولم يصح في إسقاط الزكاة ولا في تأخر إخراجها إلى البلوغ شيء • وقال : قال أحمد : لا أعرف عن الصحابة شيئا صحيحا أنها لا تجب •

٤ ــ وحجة الحنفية :

١ ــ أنها عبادة ، لأن العبادة ما يأتي به المرء على خلاف هوى نفسه ، تعظيما لأمر ربه ، والزكاة كذلك•وأيضا قد قال رسول الله ﷺ : (بني الإسلام على خمس: شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، والحج ، وصوم رمضان) • وغير الزكاة عبادة بالاتفاق ، فكذلك هي • وكل ما هو عبادة لا يتأدى إلا بالاختيار ، تحقيقا لمعنى الابتلاء ، ولا اختيار لهما لعدم العقل ، وإذا لم يصح منهما أداؤها فلا تجب في مالهما •

٢ ــ هو قول ابن مسعود رضي الله عنه ، فقد روى عنه أنه قال : ليس في مال اليتيم زكاة : وروي مثله عن ابن عباس رضي الله عنهما •
[انظر نصب الراية : ٢/٣٣٤]

٣ ــ وأما حجتهم في وجوب العشر فيما تخرجه أرضهما : فهي أن الغالب في

العشر معنى المؤنة ، ومعنى العبادة فيه تابع ، فالمالك ملكهما بمؤتتهما ، كما يملك العبد ملكا مصاحبا بها ؛ لأن المؤنة سبب بقائه ، فتثبت مع ملكه •

ولأن سبب وجوب العشر الأرض النامية بالخارج ، فباعتبار الأرض وهي الأصل كانت المؤنة أصلا ، وباعتبار الخارج وهو وصف الأرض كان شبهها بالزكاة، والوصف تابع للموصوف فكان معنى العبادة تابعا ، وبهذا خالف العشر الزكاة • [الهداية وشروحها : ١/٤٨٣ ـ ٤٨٥]

٥ ـ وحجة القائلين بعدم الوجوب أصلا : أنها عبادة يشترط فيها العقل والبلوغ • [بداية المجتهد : ١/٢٣٦]

المسألة الرابعة : زكاة الحلي :

اختلف الأئمة فيما تتخذه المرأة حليا لها تلبسه من الذهب والفضة إذا بلغ وزنه نصابا ، هل تجب فيه الزكاة أولا ؟ •

١ ـ ذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أنه ليس في الحلي زكاة ، قل ذلك أو كثر •

قال مالك في الموطأ [١/٢٥٠] : من كان عنده تبر أو حلي ، من ذهب ، أو فضة ، لا ينتفع به للبس ، فإن عليه فيه الزكاة في كل عام ، يوزن فيؤخذ ربع عشره إلا أن ينقص من وزن عشرين دينارا عينا أو مائتي درهم ، فإن نقص من ذلك فليس فيه زكاة • وإنما تكون فيه الزكاة إذا كان إنما يمسكه لغير اللبس ، فأما التبر والحلي المكسور الذي يريد أهله إصلاحه ولبسه فإنما هو بمنزلة المتاع الذي يكون عند أهله ، فليس على أهله فيه زكاة • اهـ •

وقال الشافعي في الأم [٢/٣٥] : وقد قيل في الحلي زكاة ، وهذا ما أستخير الله عز وجل فيه ، قال الربيع : قد استخار الله عز وجل فيه ، أخبرنا الشافعي : وليس في الحلي زكاة • قال الشافعي : وإن كان حليا يلبس أو يدخر أو يعار أو يكرى فلا زكاة فيه ، وسواء في هذا كثر الحلي لامرأة أو ضوعف أو قل • اهـ •

وقال الخرقي [المغني : ٣/٤١ ، ٤٣] : وليس في حلي المرأة زكاة إذا كان مما تلبسه أو تعيره • قال ابن قدامة : هذا ظاهر المذهب • وقال : وقليل الحلي وكثيره سواء في الإباحة والزكاة •

٢ ــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه تجب فيه الزكاة •

قال في بداية المبتدي : وفي تبر الذهب والفضة وحليهما وأوانيهما الزكاة • قال في الفتح : سواء كان مباحا أولا ، حتى يجب أن يضم الخاتم من الفضة ، وحلية السيف والمصحف وكل ما انطلق عليه الاسم • [الهداية وشروحها : ١/٥٢٤]

الأدلــة :

١ ــ حجــة مالك رحمه الله تعالى عمل الصحابي ، وهو ما رواه في الموطأ [١/٢٥٠] : أن عائشة زوج النبي ﷺ كانت تلي بنات أخيها يتامى في حجرها ، لهن الحلي ، فلا تخرج من حليهن الزكاة • وأن عبد الله بن عمر : كان يحلي بناته وجواريه الذهب ، ثم لا يخرج من حليهن الزكاة •

٢ ــ والشافعي رحمه الله تعالى على أصله : فيما إذا ورد في المسألة أقوال عن الصحابة ، اختار منها ما كان معه القياس ، أو كان أشبه بالقياس •

وفي هذه المسألة ورد عن الصحابة رضي الله عنهم قولان :

١ ــ فقد ذكر الشافعي رحمه الله تعالى في الأم ما رواه مالك في الموطأ عن عائشة وابن عمر رضي الله عنهما • وروى عن عمرو بن دينار أن رجلا سأل جابر ابن عبد الله عن الحلي أفيه زكاة ؟ فقال جابر : لا •

وقال : ويروى عن ابن عباس وأنس بن مالك ، ولا أدري أثبت عنهما معنى قول هؤلاء : ليس في الحلي زكاة •

٢ ــ وقال : ويروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمرو بن العاص : أن في الحلي زكاة • [الأم : ٢/٣٤ ــ ٣٥]

ولقد اختار رحمه الله تعالى القول بعدم الوجوب لأنه أقرب للقياس ، حيث إن الحلي من الذهب والفضة معد لاستعمال مباح،فأشبه العوامل من النعم[1]،وتلك لا زكاة فيها ، فكذلك هذه . قال المزني في مختصره [١/٢٣٩] : وقد قال الشافعي في غير كتاب الزكاة : ليس في الحلي زكاة ، وهذا أشبه بأصله ، لأن أصله أن في الماشية زكاة ، وليس على المستعمل منها زكاة ، فكذلك الذهب والورق [2] فيهما الزكاة ، وليس في المستعمل منهما زكاة . اهـ .

٣ ــ وحجة الإمام أحمد رحمه الله تعالى قريب مما احتج به الشافعي ، فقد قال ابن قدامة في المغني [٣/٤١ ــ ٤٣] : قال أحمد : خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ يقولون : ليس في الحلي زكاة ، ويقولون : زكاته عاريته .

وقال أيضا : ولأنه مرصد لاستعمال مباح ، ومصروف عن جهة النماء ، فلم تجب فيه الزكاة .

وربما دعموا قولهم بما روى عافية بن أيوب عن الليث بن سعد عن أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال : (ليس في الحلي زكاة)[3] .
[المغني : ٣/٤١ ــ ٤٣]

٤ ــ واحتج الحنفية لما ذهبوا إليه بالمنقول والمعقول وآثار عن الصحابة .

أما الأول : فمنه العام ومنه الخاص .

فمن العام : حديث علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ : (هاتوا صدقة الرقة : من كل أربعين درهما درهم) رواه أصحاب السنن الأربعة[4] ، وغيره كثير .

---

(١) هي ما يستعمل للحمل والحراثة ونحوها من الإبل والبقر .

(٢) الفضــة .

(٣) أخرجه الدارقطني: ٢/١٠٧ .وفي سنده أبو حمزة ميمون قال عنه :ضعيف.

(٤) انظر سنن ابي داود : ١/٣٦٣ .

ومن الخاص : ما رواه أبو داود [٣٥٨/١] عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما : أن امرأة أتت النبي ﷺ ومعها ابنة لها ، وفي يد بنتها مسكتان غليظتان من ذهب ، فقال لها : (أتعطين زكاة هذا ؟ • قالت : لا • قال : أيسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة سوارا من نار) • قال : فخلعتهما ، فألقتهما إلى النبي ﷺ فقالت : هما لله ورسوله •

قال في الفتح : قال أبو الحسن بن القطان في كتابه : إسناده صحيح • وقال المنذري في مختصره : إسناده لا مقال فيه • ثم بينه رجلا رجلا •

وذكر في الفتح أحاديث بهذا المعنى ، وناقش القول بضعفها والأحاديث التي تعارضها •

وأما الثاني وهو المعقول : فهو أن السبب في وجوب الزكاة في الذهب والفضة المال النامي ، ودليل النماء هو الإعداد للتجارة خلقة ، وهو موجود في الحلي المتخذ من النقدين ، ولم يخرجهما الابتذال والاستعمال عن ذلك ، لأن النماء التقديري حاصل ، وهو المعتبر — للإجماع على عدم توقف الوجوب على النماء الحقيقي — فإذا كان موجودا لا اعتبار بما ليس بأصل وهو الإعداد للابتذال • وإذا انتفت مانعيه الابتذال عمل السبب عمله ، ووجبت الزكاة •

هذا ولقد ناقش في الفتح ما رواه الأئمة الثلاثة من آثار ، وذكر أنها معارضة بمثلها عن عمر وعبد الله بن عمرو وابن مسعود ، رضي الله عنهم •

وأما أقوال الصحابة فهي :

— ما رواه ابن أبي شيبة عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه : أن مر من قبلك من نساء المسلمين أن يزكين حليهن ، ولا يجعلن الزيادة والهدية بينهن تقارضا •

— ما رواه عبد الرزاق عن ابن مسعود رضي الله عنه قال : في الحلي زكاة •

— ما رواه الدارقطني عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما : أنه كان يكتب

إلى خازنه سالم أن يخرج زكاة حلي بناته كل سنة • وروى ابن أبي شيبة عنه : أنه كان يأمر نساءه أن يزكين حليهن(1) •

المسألة الخامسة : متى يقطع المعتمر التلبية :

اختلفوا في ذلك :

١ ــ فذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أنه إن أحرم بالعمرة من الميقات قطع التلبية إذا وصل الحرم ، وإن أحرم بها من أدنى الحل قطع التلبية حين يرى البيت •

جاء في الموطأ [٣٤٣/١] : قال مالك : فيمن أحرم من التنعيم إنه يقطع التلبية حين يرى البيت • قال يحيى : سئل مالك عن الرجل يعتمر من بعض المواقيت وهو من أهل المدينة أو غيرهم متى يقطع التلبية ؟ قال : فأما المهل من المواقيت فإنه يقطع التلبية إذا انتهى إلى الحرم •

٢ ــ وذهب الأئمة الثلاثة الشافعي وأحمد وأبو حنيفة رحمهم الله تعالى إلى أن المعتمر يقطع التلبية إذا ابتدأ بالطواف •

قال في مغني المحتاج [٥٠١/١] : وأما المعتمر فيقطع التلبية إذا افتتح الطواف•

وقال ابن قدامة [المغني : ٣٦١/٣] : قال أبو عبد الله : يقطع المعتمر التلبية إذا استلم الركن •

وقال في بداية المبتدي [٢١١/٢] : ويقطع التلبية إذا ابتدأ بالطواف •

الأدلــة :

١ ــ حجة مالك رحمــه الله تعالى عمل الصحابي ، وذلك أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما سلفه في ذلك •

قال في الموطأ [٣٤٣/١] بعد إجابته السائل عن ذلك : وبلغني أن عبد الله بن عمر كان يصنع ذلك • [وانظر بداية المجتهد : ٣٢٨/١]

---

(١) الهداية وشروحها : ٥٢٤/١ ــ ٥٢٦ .

٢ ــ واعتمد الشافعي رحمه الله تعالى قول ابن عباس رضي الله عنهما • فإنه قال في الأم [٧/١٧٦] : وإنما اختلف الناس عندنا : فمنهم من قال : يقطع التلبية في العمرة إذا دخل الحرم ، وهو قول ابن عمر • ومنهم من قال : إذا استلم الركن ، وهو قول ابن عباس ، وبهذا نقول • اهـ •

وهذه طريقة الشافعي رحمه الله تعالى ــ كما علمنا ــ إذا وجد في المسألة أقوالا للصحابة رضي الله عنهم أخذ بما كان منهــا أقرب إلى القياس • ووجه قرب قول ابن عباس من القياس: أن الطواف من أسباب التحلل من العمرة فتقطع عنده التلبية، كما تقطع في الحج عند رمي الجمرة ، الذي هو من أسباب التحلل فيه •
[انظر مغني المحتاج : ١/٥٠١]

٣ ــ وعمدة أبي حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى :

١ ــ حديث ابن عباس رضي الله عنهما : أنه عليه الصلاة والسلام كان يمسك عن التلبية إذا استلم الحجر • رواه الترمذي وقال : حديث حسن صحيح • ورواه أبو داود [١/٤٢٣] ولفظه : أن النبي ﷺ قال : (يلبي المعتمر حتى يستلم الحجر)•

وروي مثله عن ابن مسعود وعن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ •

٢ ــ قالوا : التلبية إجابة إلى العبادة ، وإشعار للإقامة عليها ، وإنما يتركها إذا شرع بمنافيها وهو التحلل منها ، والتحلل يبتدىء بالطواف ، فيتركها إذا شرع فيه ، وكذلك البدء بالطواف هو الشروع بأعمال العمرة ، فلا تقطع التلبية قبله ، كما لاتقطع قبل الشروع بأعمال الحج وهو الرمي ، وتترك عنده كما تترك إذا شرع بالرمي لحصول التحلل به • [المغني : ٣/٣٦١ • الهداية وشروحها : ٢/٢١١]

المسألة السادسة : افتراق الزوجين في حج القضاء المفسد بالجماع :

لا خلاف بين الأئمة أن الجماع مفسد للحج ، وإن كانوا قد اختلفوا في الوقت الذي إذا وقع فيه كان مفسدا •

ولا خلاف أيضا عند الجمهور : في وجوب المضي في الحج الفاسد ، وأن عليه القضاء والهدي ، وإن اختلفوا فيما يجزىء هديا فيه •

واختلفوا في الزوجين اللذين أفسدوا حجهما بالجماع وأرادوا القضاء ، هل يتفرقان مدة أداء مناسك الحج أولا ؟ .

١ ـ ذهب مالك وزفر ـ من أصحاب أبي حنيفة ـ رحمهم الله تعالى : إلى وجوب افتراقهما من وقت الإحرام حتى نهاية أداء المناسك .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٣٥٩/١] : وقال مالك : يفترقان من حيث أحرما ، إلا أن يكونا أحرما قبل الميقات .

وقال في متن سيدي خليل [٧٠/٢] : وفارق وجوباً من أفسد حجه معه ، من حين إحرامه بالقضاء لتحلله برمي العقبة ، وطواف الإفاضة ، والسعي إن تأخر .

وقال في العناية [٢٤٠/٢] : وقال زفر : يفترقان من وقت الإحرام .

٢ ـ وذهب الحنفية إلى : أنه لايجب ذلك ، وإنما يستحب إذا خافا الفتنة على أنفسهما بالاجتماع .

قال في بداية المبتدي : [٢٤٠/٢] : وليس عليه أن يفارق امرأته في قضاء ما أفسداه .

٣ ـ وذهب الشافعية إلى استحباب الافتراق من حين الإحرام ، فإذا لم يفترقا ووصلا إلى المكان الذي أفسدا فيه الحج ، ففي المذهب وجهان في وجوب الافتراق واستحبابه : الأصح منهما أنه مستحب .

قال النووي في المجموع [٣٨٨/٧] : إذا خرج الرجل وزوجته المفسدان ، ليقضيا الحج أو العمرة ، واصطحبا في طريقهما ، استحب لهما أن يفترقا من حين الإحرام ، فإذا وصلا إلى الموضع الذي جامعها فيه ، فهل يجب فيه المفارقة ؟ فيه خلاف :

قال : واتفقوا على أن الأصح أنه مستحب وليس بواجب . اهـ .

٤ ـ وعند الحنابلة وجهان في وجوب الافتراق واستحبابه . وعن أحمد روايتان في مكان الافتراق .

قال في المغني [٣٣٤/٣] : وإذا قضيا تفرقا من موضع الجماع حتى يقضيا حجهما ، وروي عن أحمد أنهما يفترقان من حيث يحرمان حتى يحلا .

وقال : وهل يجب التفريق أو يستحب ؟ فيه وجهان : أحدهما لا يجب ، والثاني : يجب • قال ابن قدامة : والأول أولى •

الأدلـة :

١ ــ حجة القول بالوجوب :

آ ــ قول الصحابي : وذلك أنه قول عمر وعلي وابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم •

ــ جاء في الموطأ : عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وأبا هريرة : سئلوا عن رجل أصاب أهله وهو محرم بالحج ؟ فقالوا : ينفذان عضيان لوجههما حتى يقضيا حجهما ، ثم عليهما حج قابل والهدي ، قال : وقال علي بن أبي طالب : إذا أهلا بالحج من عام قابل تفرقا حتى يقضيا حجهما •

ــ وقال في المغني : روى سعيد والأثرم بإسناديهما عن عمر : أنه سئل عن رجل وقع بامرأته وهما محرمان ؟ فقال : أتما حجكما ، فإذا كان عام قابل فحجا وأهديا ، حتى إذا بلغتما المكان الذي أصبتما فيه ما أصبتما فتفرقا حتى تحلا • قال : ورويا عن ابن عباس مثل ذلك •

قالوا : روي ذلك عن هؤلاء ، ولا نعرف مخالفاً لهم من الصحابة ، وظاهرها الوجوب ، فيحمل عليه •

ب ــ ودعم هذا القول عند هؤلاء : العمل بسد الذرائع ، فيؤمران بالافتراق خوفاً من عودهما لمثل مامضى منهما ، حيث إن اجتماعهما في تلك المواضع قد يذكرهما بالجماع ، فيكون من دواعيه ، فيمنعان منه • قال ابن رشد : فسبب الخلاف أن من أخذهما بالافتراق فسداً للذريعة [1] •

---

(١) الموطأ : ٣٨١/١ ، المغني : ٣٣٤/٣ ، المجموع : ٣٧٩/٧ ، بداية المجتهد : ٣٥٩/١ ، الهداية وشروحها : ٢٤٠/٢

٢ ــ وأما الذين قالوا بالاستحباب : فإنهم حملوا أمر الصحابة على الندب لاعلى الوجوب ، وقاسوا ذلك على قضاء رمضان إذا أفسداه ، فلا يجب التفرق فيه ، فكذلك في الحج ، ولم يعتبروا الذريعة ، لأنه يعارضها : أنهما يتذكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة ، فيزدادان ندماً وتحرزاً وبعداً عن ذلك .

قال في العناية : ونقول : مراد الصحابة رضي الله عنهم أنهما يفترقان على سبيل الندب إن خافا على أنفسهما الفتنة ، كما يندب للشاب الامتناع عن التقبيل في حالة الصوم إذا كان لايأمن على نفسه ما سواه .

وقال ابن قدامة : لأن حكمة التفريق الصيانة عما يتوهم من معاودة الوقاع عند تذكره برؤية مكانه ، وهذا وهم بعيد لايقتضي الإيجاب [١] .

المسألة السابعة : جزاء الصيد :

اختلفوا في جزاء الصيد الواجب بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هدياً بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياماً ليذوق وبال أمره » / المائدة : ٩٥ / .

اختلفوا : هل المثل هو القيمة ، أو النظير فيما له نظير ؟

١ ــ ذهب مالك والشافعي وأحمد ومحمد من أصحاب أبي حنيفة ــ رحمهم الله تعالى : إلى أن المثل هو النظير فيما له نظير .

قال في الشرح الكبير [٢/٨٠] : والجزاء ــ بحكم عدلين فقيهين بذلك ــ مثله من النعم .

وقال في المجموع [٧/٤٠٣] : وإن قتل صيداً نظرت إن كان له مثل من النعم وجب عليه مثله من النعم ، والنعم هي الإبل والبقر والغنم .

---

(١) المغني : ٣/٣٣٤ ، المجموع : ٧/٧٩ ٣، الهداية وشروحها : ٢/٢٤٠

وقال في المغني [٣/٤٤١] : جزاء ماكان دابة من الصيد نظيره من النعم •

وقال في الهداية [٢/٢٦٠] : وقال محمد : يجب في الصيد النظير فيما له نظير •

وهؤلاء متفقون على أنه يخير بين الفداء بالنظير والإطعام والصيام ، وإن كانوا اختلفوا إذا اختار الإطعام : هل يقوم الصيد أو المثل • وكذلك إن اختار الصوم ، هل يصوم لكل مد يوماً ، أو لكل مدين يوماً •

٣ ــ وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى : إلى أن الجزاء المراد بالمثل هو القيمة ، ثم هو مخير بين : أن يشتري بها هدياً أو طعاماً ، أو يصوم عن ذلك •

قال في بداية المبتدي [٢/٢٦٠] : والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى : أن يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه ، أو في أقرب المواضع منه إذا كان في برية ، فيقومه ذوا عدل ، ثم هو مخير في الفداء : إن شاء ابتاع بها هدياً وذبحه إن بلغت هدياً ، وإن شاء اشترى بها طعاماً وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو شعير ، وإن شاء صام •

الأدلة :

أ ــ حجة القائلين بأن المراد بالمثل النظير عمل الصحابة • وذلك أن الصحابة رضي الله عنهم حكموا بذلك وقضوا به • فقد روي أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية ، رضي الله عنهم ، قالوا : في النعامة يقتلها المحرم بدنة من الإبل •

وحكم ابن عباس وأبو عبيدة رضي الله عنهما : في حمار الوحش بدنة ، وحكم عمر فيه ببقرة •

وقضى عمر بن الخطاب وعلي رضي الله عنهما في الغزال بعنز ، وفي الضبع بكبش •

وهكذا نجد أن الصحابة رضي‌الله عنهم أوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر وحكموا بذلك في الأزمنة المختلفة والبلدان المتفرقة ، فدل ذلك على أن ماحكموا

به ليس على وجه القيمة ، ولو حكموا بالقيم لاختلفت أحكامهم ، لاختلاف البلدان والأزمان ، ولو كان كذلك أيضاً لاعتبروا صفة المتلف التي تختلف بها القيمة إما : برؤية أو إخبار ، ولم ينقل عنهم السؤال عن ذلك حال الحكم .

ويدعم هذا القول ظاهر قوله تعالى : « فجزاء مثل ما قتل من النعم » .

وذلك أن قوله تعالى : (من النعم) بيان لكلمة (مثل) فيكون المراد ــ والله أعلم ــ فجزاء من النعم مثل المقتول ، ومثل المقتول هو مايشبه المقتول صورة من النعم ، والنعم هي الإبل والبقر والغنم ، والقيمة ليست نعماً .

جاء في الأم : قلت للشافعي : أرأيت المحرم يصيب بقرة الوحش أو حمار الوحش ؟ فقال : في كل واحدة منهما بقرة . فقلت للشافعي : ومن أين أخذت هذا ؟ فقال : قال الله تبارك وتعالى : « لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم » . قال : ومثل ما قتل من النعم يدل على أن المثل على مناظرة البدل ، فلم يجز فيه إلا أن ينظر إلى مثل ما قتل من دواب الصيد ، فإذا جاوز الشاة رفع إلى الكبش ، فإذا جاوز الكبش رفع إلى بقرة ، فإذا جاوز البقرة رفع إلى بدنة ، ولا يجاوز شيء مما يودى [1] من دواب الصيد بدنة .

ويدعمه أيضاً ما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال [2] : (سألت رسول الله ﷺ عن الضبع أصيد هو ؟ قال : (نعم ، ويجعل فيه كبش إذا أصابه المحرم) [3] .

ب ــ وحجة أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى :

١ ــ أن الله تعالى أطلق المثل ، والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ، ولا يمكن الحمل عليه لخروج ما ليس له مثل صوري من تناول النص ، وفي ذلك إهماله

---

(١) أي تدفع ديته وهي جزاؤه الذي يفدى به ، والله تعالى اعلم .

(٢) سنن أبي داود : ٣١٩/٢ . باختلاف في بعض الألفاظ لاتغير المعنى .

(٣) انظر : الام : ١٦٠/٢ ــ ١٦٧ ، الهداية وشروحها : ٢٦٠/٢ ، المغني : ٤٤١/٣ ــ ٤٤٢ ، المجموع : ٤٠٣/٧ ، الزرقاني على الموطأ : ٢٤٢/٣ ــ ٢٤٤

عن حكم الشرع ، فحمل على المثل معنى ، لكونه معهوداً في الشرع ، كما في حقوق العباد • قال تعالى في ضمان العدوان : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » / البقرة : ١٩٤ / • والمراد المماثل في النوع إذا كان المتلف مثلياً ، والقيمة إذا كان قيمياً ، والحيوانات من القيميات شرعاً •

٢ ــ المثل المعنوي مراد بالإجماع فيما لامثل له صورة ، فلا يكون غيره مراداً ، وإلا لزم عموم المشترك[1] ، أو الجمع بين الحقيقة والمجاز ، وكلاهما غير جائز •

٣ ــ في اعتبار المثل معنى تعميم : لأنه يتناول ماله نظير وما ليس له نظير ، وفي ضدهأي في اعتبار المثل صورة تخصيص : لتناوله ماله نظير فقط ، والعمل بالتعميم أولى ، لأن النص يكون حينئذ أعم فائدة •

٤ ــ قالوا : المراد بالنص ــ والله أعلم ــ فجزاء هو قيمة ما قتل من النعم الوحش ، لأن المثل بمعنى القيمة ــ على مابينا ــ و (من النعم) بيان لقوله تعالى: (ماقتل) والمراد بالنعم النعم الوحشي لأن الجزاء يجب بقتله لابقتل الحيوان الأهلي ، وقد ثبت أن النعم كما يطلق على الأهلي في اللغة يطلق على الوحشي ، قاله أبو عبيد والأصمعي •

٥ ــ وقالوا أيضاً : المراد بما روي عن النبي ﷺ وعن الصحابة رضي الله عنهم من إيجاب هذه النظائر لم يكن باعتبار أعيانها ، إذ لامماثلة بين الضبع والشاةخلقة ، وإنما كان باعتبار التقدير بالقيمة • إلا أنهم كانوا أرباب المواشي ، فكان الأداء عليهم منها أيسر • [الهداية وشروحها : ٣/٢٦٠ ــ ٢٦١]

المسألة الثامنة : جزاء صغار الصيد :

اختلفوا في جزاء الصيد إذا كان صغيراً : هل يجزىء فيه صغار النعم ، وإذا قوم قوم بصغارها ؟ أولا يجزىء فيه إلا مايجزىء في الهدي والضحايا ؟•

١ ــ ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه يجب في صغار الصيد ما يجب في كباره ، ولا يقوم مايفدى من الصيد إلا بما يجزىء هدياً وأضحية •

---

(١) عموم المشترك : اي أن يراد باللفظ المشترك جميع معانيه حيث لا تدل قرينة على احدها . [انظر أثر الاختلاف في القواعد الأصولية : ٢٢٨] .

قال في الموطأ [٤١٦/١] : وكل شيء فدي ففي صغاره مثل ما يكون في كباره .

وقال في الشرح الكبير [٨٢/٢] : والصغير من الصيد والمريض منه والجميل في منظره والأنثى والمعلم كغيره ، فلا بد في الصغير والمريض تقويمه بكبير صحيح يجزىء ضحية .

وبمثل قول مالك قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى إذا اختار الهدي ، قال في الهداية [٢٦٣/٢] : وإذا وقع الاختيار على الهدي يهدي مايجزيه في الأضحية . قال في الفتح : حتى لو لم تبلغ قيمة المقتول إلا عناقاً أو حملاً كفر بالإطعام أو بالصوم لا بالهدي .

٢ ــ وذهب الشافعي وأحمد ومحمد بن الحسن رحمهم الله تعالى إلى أنه يفدي صغار الصيد بالمثل من صغار النعم ، وكبار الصيد بالكبار منها . وروي أن قول أبي يوسف كقول محمد رحمهما الله تعالى .

قال في الأم [١٦٣/٢ ــ ١٦٥] : فلم يجز فيه إلا أن ينظر إلى مثل ماقتل من دواب الصيد ، فإذا جاوز الشاة رفع إلى كبش ، فإذا جاوز الكبش رفع إلى بقرة ، فإذا جاوز البقرة رفع إلى بدنة . ولا يجاوز شيء مما يودى من دواب الصيد بدنة . وإذا كان أصغر من شاة ، ثنية أو جذعة ، خفض إلى أصغر منها ، فهكذا القول في دواب الصيد .

وقال : وإن قتل حمار وحش صغيراً أو ثيتلاً [1] صغيراً فداه ببقرة صغيرة .

وقال : في صغار الضبع صغار الضأن . وذكر قضاء عمر رضي الله عنه في الأرنب بعناق وفي اليربوع جفرة [2] ، وقال : وبهذا كله نأخذ .

---

(١) الثيتل الوعل ، أو جنس من بقر الوحش .

(٢) العناق : الأنثى من ولد المعز قبل استكمالها الحول .
اليربوع : دويبة تشبه الفأرة ، رجلاه أطول من يديه .
جفرة : الأنثى من ولد الضأن بلغت أربعة أشهر .

وقال ابن قدامة [المغني : ٣/٤٤٤] : قال أصحابنا : في كبير الصيد مثله من النعم ، وفي الصغير صغير ، وقال في الهداية [٢/٢٦٣] وقال محمد : يجزىء صغار النعم فيها ٠

الأدلـة :

١ ــ حجة مالك وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى : أن الله تعالى قال : « هدياً بالغ الكعبة » / المائدة : ٩٥ / ٠ ومطلق اسم الهدي ينصرف إلى ما يجزىء في الأضحية ، ولم يختلفوا أن من جعل على نفسه هدياً أنه لايجزيه أقل من الجذع فما فوقه من الضأن ، والثني مما سواه [1] ٠
[الهداية : ٢/٢٦٣ ، بداية المجتهد : ١/٣٥٠]

ومن الحجة لمالك أيضاً : أنه قاس جزاء الصيد على دية الحر ، لافرق فيها بين الكبير والصغير ٠ قال في الموطأ [١/٤١٦] : وإنما مثل ذلك مثل دية الحر الصغير والكبير فهما بمنزلة واحدة سواء ٠ [وانظر الزرقاني : ٣/٢٤٥]

ويدعم القول بهذا عند مالك أيضاً أن العمل عليه في المدينة ، قال الزرقاني : في شرحه لقضاء عمر رضي الله عنه في الأرنب بعناق وفي اليربوع بجفرة [٣/٢٤٢] : قال مالك : ليس العمل عندنا على قوله في الأرنب واليربوع ، لأنه لايجزي من الهدي في الجزاء إلا ما يجزي في الضحايا : الثني من المعز فصاعداً ، ومن الضأن الجذع فصاعداً ٠

٢ ــ وحجة الشافعي رحمه الله تعالى ومن وافقه قضاء الصحابة في ذلك :

فقد روى مالك في الموطأ ، وذكره الشافعي في الأم : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : قضى في الأرنب بعناق وفي اليربوع بجفرة ٠

---

(١) الجذع : ما طعن في السنة الثانية . والثني : ما طعن في الثالثة .

وكذلك ماروا ه الشافعي عن ابن عيينة : أن عمر رضي الله عنه قضى في الضب أن فيه جدياً ٠

وروى عن عثمان أنه قضى في أم حبين بحملان [1] من الغنم ، قال الشافعي : يعني حملاً ٠

قال الشافعي بعد ذكره هذه الروايات : وبهذا كله نأخذ ٠

قال ابن قدامة : وقد أجمع الصحابة على الضمان بما لايصح هدياً : كالجفرة والعناق والجدي ٠

وقال في العناية محتجاً لما ذهب إليه محمد : ولأن الصحابة رضي الله عنهم أوجبوا عناقاً وجفرة ، فدل على جواز ذلك في باب الهدي ٠

والذي يدعم قضاء الصحابة لديهم أنه أقرب إلى القياس ، لأن مايضمن باليد والجناية يختلف ضمانه بالصغر والكبر ، كالبهيمة ٠

وكذلك هو أشبه بظاهر القرآن ، لأن الهدي في الآية يعتبر بالمثل ، وحقيقة المثل في الكبير كبير ، وفي الصغير صغير ٠ ولهذا نجد الشافعي بعد ذكره قضاء الصحابة واختياره أن في الصغير صغيراً يقول : ومثل ماقتل من النعم يدل على أن المثل على مناظرة البدل [2] ٠

وهذا أيضاً من الشافعي رحمه الله تعالى عمل بما اعتبره أصلاً من أصوله ، وهو : أنه إذا اتفق الصحابة على قول لايخرج عن قولهم ، والظاهر أنهم متفقون في هذا ــ كما ذكر ابن قدامة ــ حيث لم ينقل خلاف ذلك عن أحد منهم ، والله أعلم ٠

---

(١) أم حُبَين : من حشرات الأرض تشبه الضب . والحُملان : جمع حِمل ، وهو ولد الضأن في السنة الأولى .

(٢) الأم : ٢/١٦٣ ــ ١٦٥ ، الهداية وشروحها : ٢/٢٦٣ ــ ٢٦٤ ، المغني : ٣/٤٤٤

المسألة التاسعة : جزاء صيد الحمام :

اتفق الفقهاء على أن جزاء ـ ماعدا الحمام من الطير ـ إذا صاده المحرم عليه قيمته يشتري بها طعاماً أو عدل ذلك صياماً • إلا ماروي عن داود : أنه لاجزاء فيما لامثل له من الصيد إلا الحمام ، فإن فيه شاة عنده ، وما روي عن عطاء أنه قال : في كل شيء من الطير شاة •

واختلفوا في جزاء صيد الحمام :

١ ـ ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه يجب في حمام الحرم ويمامه شاة ، وفي حمام الحل القيمة • قال ابن رشد : قال مالك : في حمام مكة شاة ، وفي حمام الحل حكومة [١] •

قال الدسوقي في حاشيته [٢/٨٢] : فإن كان الصيد حمام الحرم ويمامه تعين فيه شاة تجزىء ضحية ، فإن عجز صام عشرة أيام • وإن كان الطير غير ماذكر خير بين القيمة طعاماً وعدله صياماً •

٢ ـ وذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى : إلى أنه يجب في الحمام شاة مطلقاً ، سواء كان حمام الحل أم حمام الحرم •

قال النووي في المجموع [٧/٤٠٤] : وإن كان الصيد طائراً نظرت ، فإن كان حماماً ـ وهو الذي يعب ويهدر كالذي يقتنيه الناس في البيوت ـ فإنه يجب فيه شاة •

وجاء في الأم [٢/١٦٧] : في معرض بيان أنه لافرق بين حمام الحرم وغيره : فيقال : كل شيء من الطائر سمته العرب حماماً ففيه شاة ، وذلك الحمام نفسه واليمام والقماري والدباس والفواخت ، وكل ما أوقعت العرب عليه اسم حمامة •

وقال ابن قدامة في المغني [٣/٤٤٧ ، ٤٤٨] : في الحمام شاة ، قال أحمد في رواية أبي القاسم وشندي : كل طير يعب الماء يشرب مثل الحمام ففيه شاة •

---

(١) بداية المجتهد : ١/٣٥٠ ، وانظر الزرقاني على الموطأ : ٣/٢٤٤

٣ ــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى : أن الواجب هو القيمة مطلقاً : أما أبو حنيفة وأبو يوسف فعلى قولهما في وجوب القيمة مطلقاً في الصيد، وأما محمد فوافقهما في وجوب القيمة فيما ليس له نظير من الصيد ، ومنه الطير مطلقاً .

قال في الهداية [٢/٢٦٠] : وما ليس له نظير عند محمد رحمه الله تجب فيه القيمة ، مثل العصفور والحمام وأشباههما ، وإذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما .

الأدلـة :

أ ــ أمـا الحنفية فعلى أصلهم من أن الجزاء الواجب في الصيد هـو القيمة مطلقاً ، وقد سبق استدلالهم على ذلك في مسألة (جزاء الصيد ص : ٣٧٥) .

ب ــ وحجة الذين قالوا بوجوب الشاة في الحمام مطلقاً :

١ ــ أن عدداً من الصحابة رضي الله عنهم قضـوا بذلك في حمام مكة ، ولا مخالف لهم :

ــ فقد روي عن نافع بن عبد الحارث رضي الله عنه قال : قدم عمر بن الخطاب مكة فدخل دار الندوة في يوم الجمعة ، وأراد أن يستقرب منها الرواح إلى المسجد، فألقى رداءه على واقف في البيت ، فوقع عليه طير من هذا الحمام ، فأطاره ، فانتهزته حية فقتلته ، فلما صلى الجمعة دخلت عليه أنا وعثمان بن عفان ، فقال : احكما علي في شيء صنعته اليوم : إني دخلت هذه الدار ، وأردت أن أستقرب منها الرواح إلى المسجد ، فألقيت ردائي على هذا الحمام ، فخشيت أن يلطخه بسلحه ، فأطرته عنه، فوقع على هذا الواقف الآخر ، فانتهزته حية فقتلته ، فوجدت في نفسي أني أطرته من منزلة كان فيها آمناً إلى موقعة كان فيها حتفه . فقلت لعثمان : كيف ترى في عنز ثنية عفراء تحكم بها على أمير المؤمنين ؟ قال : إني أرى ذلك ، فأمر بها عمر[١] .

---

(١) فانتهزته : نهضت وبادرت إليه .
بسلحه : السَّلح من الطائر كالغائط من الإنسان .
حتفه : هلاكه وموتــه .
عفراء : بياضها ليس بالناصع ، من العفرة وهي لون الأرض .

ـ وعن عطاء : أن عثمان بن عبيد الله بن حميد قتل ابن له حمامة ، فجاء ابن عباس فقال له ذلك : فقال ابن عباس : اذبح شاة فتصدق بها . قال ابن جريج : فقلت لعطاء : أمن حمام مكة ؟ قال : نعم .

قال الشافعي بعد ذكره هذه الآثار [الأم : ٢/١٦٦] : من أصاب من حمام مكة بمكة حمامة ففيها شاة ، اتباعاً لهذه الآثار التي ذكرنا عن عمر وعثمان وابن عباس وابن عمرو بن عاصم بن عمر وعطاء وابن المسيب لاقياساً .

وقال ابن قدامة [المغني : ٣/٤٤٧] : في الحمام شاة ، حكم به عمر وعثمان وابن عمر وابن عباس ونافع بن الحارث في حمام الحرم .

٢ ـ قياس حمام غير مكة على حمام مكة لعدم الفرق بينها .

وجه هذا القياس : أن الصحابة رضي الله عنهم لما أوجبوا في حمام مكة شاة ، وحكموا في غير الحمام من الطير ـ في الحل والحرم ـ بالقيمة ، دل ذلك على أن الحمام له صفات تفارق غيره من الطيور حتى فارقها في الجزاء ، وهذه الصفات لاتختلف في حمام مكة وغيرها ، فوجب أن لايختلف الحكم في جزاء حمام مكة وغيره ، فمتى كانت الشاة مثلاً للحمامة في الحرم وجب ضمانها بها في الحل . قال ابن قدامة [المغني : ٣/٤٤٨] وقياس الحمام على الحمام أولى من قياسه على غيره .

وقال الشافعي في الأم [٢/١٦٧] : ووجدت مذاهبهم (أي الصحابة) مجتمعة على الفرق بين الحكم في الدواب والطائر ، لما وصفت من أن في الدواب مثلاً من النعم ، وفي الجرادة من الطائر قيمة ، وفيما دون الحمام . ثم وجدت مذاهبهم تفرق بين الحمام والجرادة ، لأن العلم يحيط أن ليس يسوى حمام مكة شاة . وإذا كان هذا هكذا فإنما فيه اتباعهم ، لأنا لاتتوسع في خلافهم إلا إلى مثلهم ، ولم نعلم مثلهم خالفهم . ثم قال :

والفرق بين حمام مكة وما دونه من صيد الطير يقتله المحرم : لايجوز فيه إلا أن يقال بما تعرف العرب من أن الحمام عندهم أشرف الطائر وأغلاه ثمناً ، بأنه

الذي كانت تؤلف في منازلهم وتراه أعقل الطائر وأجمعه للهدايـة ، بحيث يؤلف وسرعة الألفة ، وأصواته التي لها عندهم فضل لاستحسانهم هديرها ، وأنهم كانوا يستمتعون بها لأصواتها وإلفها وهدايتها وفراخها ، وكانت مع هذا مأكولة ، ولم يكن شيء من مأكول الطائر ينتفع به عندها إلا لأن يؤكل • ثم قال : فيقال فيما وقع عليه اسم الحمام من الطائر فيه شاة لهذا الفرق ، باتباع الخبر عمن سميت في حمام مكة ، ولا أحسبه يذهب فيه مذهب أشبه بالفقه من هذا المذهب • اهـ •

وقوى عندهم هذا القول : أن في الحمام صفات تشبه صفات الشاة ، ولذلك حكم الصحابة بضمانها بها : قال ابن قدامة [المغني : ٣/٤٤٨] : وإنما أوجبوا فيه شاة لشبهه بها في كرع الماء مثلها ،ولا يشرب مثل بقية الطيور •

وقال النووي في المجموع [٧/٤٠٤] : ولأن الحمام يشبه الغنم ، لأنه يعب ويهدر كالغنم •

٣ ــ وعمدة مالك رحمه الله تعالى بوجوب شـاة في قتل حمام مكة قضـاء الصحابة رضي الله عنهم ، كعمر وابن عباس وغيرهما •

وتفريقه بين حمام مكة وغيرها : لحرمتها واستئناس الحمام فيها ، فلو لم يكن على قاتله إلا عدله من طعام أو صيام لكثر قتله فيها ، وهذا المعنى غير متحقق في حمام غير مكة • [الزرقاني على الموطأ : ٣/٢٤٤]

المسألة العاشرة : شراء ما باعه بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن (مسألة العينة):

صورة المسألة : باع سلعة بثمن إلى أجل ، ثم اشتراها نقدا بأقل من الثمن الذي باعه به ، أو بنفس الثمن إلى أقرب من الأجل ، أو بأكثر من الثمن إلى أبعد من الأجل • اختلفوا في جواز البيع الثاني وصحته :

١ ــ ذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أن هذا البيع فاسد وغير جائز •

قال في الشرح الكبير [٣/٧٧ ــ ٧٨] : فمن باع مقوما أو مثليا لأجـل ، ثم اشتراه من المشتري بجنس ثمنه عين وطعام وعرض ، فإما أن يشتريه نقـدا ،

أو للأجل الأول ، أو لأجل أقـل منه أو أكثر ، بمثل الثمن الأول ، أو أقل منـه أو أكثر ، يمنع منها ثلاث ، وهي ما تعجل فيه الأقل : بأن يشتري بأقل نقـدا ، أو لدون الأجل ، أو بأكثر لأبعد منه .

وقال في بداية المبتدي [٢٠٧/٥] : ومن اشترى جارية بألف درهم ، حالة أو نسيئة ، فقبضها ، ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقـد الثمن الأول ، لا يجوز البيع الثاني .

وقال الخرقي [المغني : ١٣٢/٤] : ومن باع سلعة بنسيئة لم يجز أن يشتريها بأقل مما باعها به . قال ابن قدامة : وجملة ذلك أن من باع سلعة بثمن مؤجل ، ثم اشتراها بأقل منه نقدا ، لم يجز .

٢ ــ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أن البيع جائز وصحيح ، ولا علاقة له بالبيع الأول .

قال في الأم [٦٩/٥] : فإذا اشترى الرجل من الرجل السلعة فقبضها ، وكان الثمن إلى أجل ، فلابأس أن يبتاعها من الذي اشتراها منه ، ومن غيره ، بنقد أقل أو أكثر مما اشتراها به ، أو بدين كذلك ، أو عرض من العروض ، ساوى العرض ما شاء أن يساوي ، وليست البيعة الثانية من البيعة الأولى بسبيل .

الأدلـة :

١ ــ عمدة القائلين بفساد هذا البيع وعدم صحته قول الصحابي : وذلك ما روي عن عالية بنت أنفع ، امرأة أبي إسحق السبيعي ، عن امـرأة أبي السفر (أن امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها: إن زيد بن أرقم باعني جارية بثمانمائة درهم، ثم اشتراها مني بستمائة ، فقالت أبلغيه عني : أن الله أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب) .

وفي رواية قالت : إني بعت من زيد بن أرقم خادماً بثمانمائة درهم إلى العطاء ، فاحتاج إلى ثمنه ، فاشتريته منه قبل محل الأجل بستمائة ، فقالت عائشة رضي الله عنها : بئسما شريت واشريت ، أبلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل جهاده وحجه

مع رسول الله ﷺ إن لم يتب ، فأتاها زيد معتذرا . فتلت قوله تعالى : « فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف » /البقرة : ٢٧٥/[1] .

وجه الاستدلال بقولها : أنه لولا أنها علمت تحريم ذلك من رسول الله ﷺ لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام برأيها ، وكذلك لما كان قولها مخالفا للقياس تعين سماعا من رسول الله ﷺ .

قال ابن قدامة : والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله ﷺ ، فجرى مجرى روايتها ذلك عنه .

وقال في كشف الأسرار [٣/٢١٩] : فتركوا القياس به ، لأن القياس لما كان مخالفا لقولها تعين جهة السماع فيه ، والدليل عليه : أنها جعلت جزاءه على مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد ، وأجزئة الجرائم لا تعرف بالرأي ، فعلم أن ذلك كالمسموع من رسول الله ﷺ ، واعتذار زيد إليها دليل على ذلك أيضاً ، فإن بعضهم كان يخالف بعضا في المجتهدات ، وما كان يعتذر إلى صاحبه[2] .

ومن الحجة لهؤلاء : أن في هذا البيع ذريعة إلى الربا ، وتوصلا إلى إباحة مانهى الله عنه ، فلا يصح .

قال في بداية المجتهد [٢/١٤١] : فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الأول، فاتهمه أن يكون إنما قصد دفع دنانير في أكثر منها إلى أجل ، وهو الربا المنهي عنه ، فزورا لذلك هذه الصورة ليصلا بها إلى الحرام ، مثل أن يقول قائل لآخر : أسلفني عشرة دنانير إلى شهر وأرد إليك عشرين دينارا ، فيقول : هذا لا يجوز ، ولكن أبيع منك هذا المتاع بعشرين إلى شهر ، ثم أشتريه منك بعشرة نقداً . اهـ .

وقال في الشرح الكبير [٣/٧٨] : علة المنع : تهمة دفع قليل في كثير ، وهو سلف بمنفعة . هـ

---

(١) اخرجه الدار قطني : ٣/٥٢ وانظر نصب الراية : ٤/١٥ .

(٢) الهداية وشروحها ٥ : ٢٠٩ ، المغني ٤/١٣٢ . بداية المجتهد : ٢/١٤١ .

وقال ابن قدامة [المغني : ٤/١٣٢] : لأن ذلك ذريعة إلى الربا ، فإنه يدخل السلعة ليستبيح بيع ألف بخمسمائة إلى أجل معلوم • قال : روي عن ابن عباس في مثل هذه المسألة أنه قال : أرى مائة بخمسين ، بينهما حريرة • يعني خرقة حرير ، جعلاها في بيعهما • هـ

وقال في العناية [٥/٢٠٨] : وأما الثاني (أي الدليل الثاني وهو المعقول) فهو أن الثمن لم يدخل في ضمان البائع ، لعدم القبض ، فإذا وصل إليه المبيع ، ووقعت المقاصة بين الثمنين ، بقي له فضل خمسمائة بلا عوض ، وهو ربا ، فلا يجوز • هـ

٢ ـ وحجة الشافعي رحمه الله تعالى أن القياس صحة هذا البيع ، وذلك : أن البيعة الثانية غير الأولى ، دليل ذلك : أن البيعة الأولى قد ثبت بها الثمن تاما على المشتري ، وأصبح المبيع ملكه بالقبض ، ولو انتقضت البيعة الثانية ردت السلعة وبقي الدين ثابتا كما هو •

وإذا ثبت أن البيعة الثانية غير الأولى ، وأن المبيع قد أصبح ملكه ، فلا يحرم عليه أن يبيع ملكه بنقد وإن اشتراه إلى أجل ، إلى أي كان ، سواء من اشتراه منه أم غيره ، بمثل الثمن أو أقل منه أو أكثر ، لأن الله تعالى أحل البيع وحرم الربا ، وهذا بيع وليس بربا ، ولا يتهم أحد على ماله عنده •

قال في الأم [٣/٦٨ ـ ٦٩] : فإن قال قائل : فمن أين القياس مع قول زيد ؟

قلت : أرأيت البيعة الأولى أليس قد ثبت بها عليه الثمن تاما ؟ فإن قال : بلى ، قيل : أفرأيت البيعة الثانية أهي الأولى ؟ فإن قال : لا ، قيل : أفحرام عليه أن يبيع ماله بنقد وإن كان اشتراه إلى أجل ؟ فإن قال : لا ، إذا باعه من غيره ؟ قيل : فمن حرمه ؟ •

وقال : أرأيت البيعة الآخرة بالنقد ، لو انتقضت ، أليس ترد السلعة ويكون الدين ثابتا كما هو ؟ فتعلم أن هذه بيعة غير تلك البيعة ؟ فإن قلت : إنما اتهمته ، قلنا : هو أقل تهمة على ماله منك ، فلا تركن عليه[1] إن كان خطأ ، ثم تحرم عليه

---

(١) فلا تركن عليه : أي فلا تعتمد عليه .

ما أحل الله له ، لأن الله عز وجل أحل البيع وحرم الربا ، وهذا بيع وليس بربا • هـ
ومن الحجة له : أن حديث عائشة رضي الله عنها لم يثبت ، وإذا ثبت ، فإن زيدا قد خالفها ، وإذا اختلفت الصحابة فالمرجح ما وافقه القياس •

قال أيضا :

قد تكون عائشة ــ لو كان هذا ثابتا عنها ــ عابت عليها بيعا إلى العطاء ، لأنه أجل غير معلوم ، وهذا مما لا نجيزه ، لا أنها عابت عليها ما اشترت منه بنقد وقد باعته إلى أجل • ولو اختلف بعض أصحاب النبي ﷺ في شيء ، فقال بعضهم فيه شيئاً ، وقال بعضهم بخلافه ، كان أصل ما نذهب إليه : أنا نأخذ بقول الذي معه القياس ، والذي معه القياس زيد بن أرقم •

قال : وجملة هذا أنا لا نثبت مثله على عائشة ، مع أن زيد بن أرقم لا يبيع إلا ما يراه حلالا ولا يبتاع مثله ، فلو أن رجلا باع شيئا أو ابتاعه ، نراه نحن محرما وهو يراه حلالا ، لم نزعم أن الله يحبط من عمله شيئا • هـ

قال هذا بعد ذكره حديث عائشة رضي الله عنها ، ثم يتابع بيان القياس الذي أشرنا إليه سابقا ، ثم يتابع مناقشة القائلين بفساد هذا البيع •

المسألة الحادية عشرة : وجوب المهر كاملا بالخلوة وإرخاء الستور :

اتفق العلماء على أن الصداق يجب كاملا بالدخول أو الموت :

أما وجوبه بالدخول فلقوله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا • وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا »[1] /النساء : ٢١ ــ ٢٢/ •

---

(١) قنطاراً : مالاً كثيراً . بهتانا : ظلماً ، والبهتان في الأصل أسوء الكذب . مبيناً : ظاهراً . أفضى : وصل بالجماع . ميثاقا غليظاً : عهداً شديداً ، وهو ما أمر الله تعالى به من إمساكهن بمعروف او تسريح بإحسان .

وأما وجوبه بالموت فلانعقاد الإجماع على ذلك • [بداية المجتهد : ٢/٢٣]

واختلفوا : هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس وهو الوطء ، أو ليس ذلك بشرط ؟ أي هل يجب بالخلوة وإرخاء الستور ولو لم يحصل وطء ، أم لا بد في ذلك من الوطء ؟ •

١ ــ قال أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى : يجب المهر كاملا بالخلوة وإرخاء الستور ، وإن لم يحصل الوطء •

قال في بداية المبتدي [٢/٤٤٤] : وإذا خلا الرجل بامرأته ، وليس هناك مانع من الوطء ، ثم طلقها ، فلها كمال المهر • هـ

وقال ابن قدامة [المغني : ٧/٢٤٨] : إن الرجل إذا خلا بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ، ووجبت عليها العدة وإن لم يطأ • هـ

إلا أنهما اختلفا فيما إذا كان هناك مانع حسي أو شرعي يمنع من الوطء • هل يمنع ذلك من وجوب المهر كاملا أم لا يمنع ؟ •

فقال أبو حنيفة : يمنع ، قال في البداية [٢/٤٤٦] : وإن كان أحدهما مريضا أو صائما في رمضان ، أو محرما بحج فرض أو نفل أو بعمرة ، أو كانت حائضا ، فليست الخلوة صحيحة • هـ

واختلفت الرواية عن أحمد ، والظاهر أنها لا تمنع ، حيث قال الخرقي [المغني : ٧/٢٥٠] : وسواء خلا بها ، وهما محرمان أو صائمان أو حائض ، أو سالمان من هذه الأشياء • هـ

٢ ــ وذهب مالك والشافعي ــ في الجديد ــ رحمهما الله تعالى إلى أنه لا يجب المهر كاملا بالخلوة إلا إذا كان المسيس ، أي الوطء • قال المزني في مختصره [٤/٣٧ ــ ٣٨] : فإن دخلت عليه فلم يمسها حتى طلقها فلها نصف المهر • وقال : وسواء طال مقامه معها أو قصر ، لا يجب المهر والعدة إلا بالمسيس نفسه •هـ

قال النووي في المنهاج [٣/٢٢٤] : ويستقر المهر بوطء وإن حرم كحائض ، وبموت أحدهما ، لا بخلوة في الجديد • هـ

وذكر في الموطأ ما يشير إلى هذا حيث قال [٥٢٩/٢] : حدثني مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول : إذا دخل بالمرأة في بيتها صدق الرجل عليها ، وإذا دخلت عليه في بيته صدقت عليه • قال مالك : أرى ذلك في المسيس ، إذا دخل عليها في بيتها فقالت قد مسني وقال لم أمسها صدق عليها ، فإن دخلت عليه في بيته فقال : لم أمسها ، وقالت : مسني صدقت عليه • اهـ • وهذا يدل على اشتراطه المسيس، حيث إنه لا يثبت لها كامل المهر ـ ولو حصلت الخلوة والتخلية ـ إذا ادعت المسيس ولم تصدق • [انظر الزرقاني على الموطأ : ٩٧/٤ ـ ٩٨]

الأدلـة :

١ ـ عمدة الحنفية والحنابلة في هذا عمل الصحابة •

قال ابن قدامة في المغني [٢٤٩/٧] : وروى الإمام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب المهر ووجبت العدة ، وروي عن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما • هـ

والظاهر أن الذي روي عنهما هو ما رواه مالك في الموطأ [٥٢٨/٢] : عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب : أن عمر بن الخطاب قضى في المرأة إذا تزوجها الرجل أنه إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق •

وكذلك ما رواه عن ابن شهاب : أن زيد بن ثابت كان يقول : إذا دخل الرجل بامراته فأرخيت عليهما الستور فقد وجب الصداق • هـ

وقال ابن الهمام في فتح القدير [٤٤٦/٢] : حكى الطحاوي فيه إجماع الصحابة ، وقال ابن المنذر : هو قول عمر وعلي وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمرو وجابر ومعاذ بن جبل ، رضي الله عنهم • هـ

قالوا : وهذه قضايا تشتهر ، ولم يخالفهم أحد في عصرهم ، فكان إجماعا •

ومن الحجة لهم في ذلك : القياس ، حيث إنهم قاسوا النكاح على البيع والإجارة • وتقرير هذا القياس : أن الموجب للبدل في العقد هو تسليم المبدل

لا حقيقة استيفاء المنفعة ، وقد وجد هذا التسليم المستحق من جهتها برفع الموانع ، لأنه هو المقدور لها ، وأما الوطء فليس في قدرة المرأة تسليمه ، فلا تكون مكلفة بذلك ، إذ الواجب لا يكون إلا مقدورا ، وإذا وجد منها تسليم المبدل استقر حقها في البدل ، وهو كمال المهر • وذلك كما في البيع والإجارة فإن الموجب فيهما تسليم المبدل ، وهو رفع الموانع والتخلية بينه وبين المسلم إليه ، وإن لم يستوف المشتري والمستأجر منفعة أصلا ، فكذا في المتنازع فيه : يكون تسليم البضع بذلك أولى •

وربما دعموا رأيهم هذا بأن المس المذكور في قوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن » /البقرة : ٢٣٧/ • محمول على الخلوة من إطلاق المسبب على السبب ، إذ المس مسبب عن الخلوة عادة • قال في الفتح : ويرجح الثاني (أي حمل المس على الخلوة) بموافقة القياس المذكور ، والحديث ، وهو قوله ﷺ : (من كشف خمار امرأة أو نظر إليها وجب الصداق ، دخل بها أ:و لم يدخل)[١] فيكون المراد بالآية : أن الطلاق قبل الخلوة يوجب نصف الصداق •

قالوا : ويوافق هذا قوله تعالى : « وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض » /النساء : ٢١/ • فقد أوجب سبحانه جميع المهر بالإفضاء ، وهو الخلوة ، لأنه مأخوذ من الدخول في الفضاء ، حكي عن الفراء : الإفضاء الخلوة ، دخل بها أو لم يدخل ، فكأنه قال : وقد خلا بعضكم إلى بعض •

واما اختلافهم في اعتبار الخلوة صحيحة أو غير صحيحة : فلأن الحنابلة اعتبروا في ذلك عموم الإجماع • وأما الحنفية فاعتبروا هذه الأشياء موانع من استيفاء البضع وإن سلم ، وسواء كانت حسية أم شرعية فهي موانع [٢] •

٢ ـ وحجة مالك والشافعي رحمهما الله تعالى العمل بظاهر القرآن ، وذلك أن لله تبارك وتعالى نص في المنكوحة المدخول بها أنه لايجوز أن يؤخذ من صداقها

---

(١) أخرجه الدارقطني بلفظ (ونظر بدل أو نظر) ٣/٢٠٧ .

(٢) المغني : ٧/٢٤٩ ـ ٢٥٠ ، الهداية وشروحها : ٢/٤٤٥ ـ ٤٤٦ .

شيء إذا طلقت ، وذلك في قوله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا • وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظا » • [انظر صدر المسألة]

ونص سبحانه وتعالى في المطلقة قبل المس أن لها نصف الصداق ، وذلك في قوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم » / البقرة : ٢٣٧ / •

قالوا : وهذا نص في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين: أي قبل المس وبعده، ولا وسط بينهما ــ والمس : الظاهر من أمره ههنا أنه الجماع ــ فوجب بهذا إيجابا ظاهرا أن الصداق لا يجب كاملا إلا بالمسيس[١] •

قال المزني رحمه الله تعالى في مختصره : قد جاء عن ابن مسعود وابن عباس (رضي الله عنهم) معنى ما قال الشافعي ، وهو ظاهر القرآن •

وهذا حسب طريقة الشافعي : فيما إذا اختلف الصحابة ، أخذ بقول من كان قوله أقرب إلى القياس أو أشبه بظاهر القرآن •

وأجاب الشافعية عن قضاء عمر رضي الله عنه : بأن إيجاب المهر كاملا مأخوذ من قوله : ماذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم ، فأخبر أنه يجب إذا خلت بينه وبين نفسها ، وإن لم يغلق بابا ولم يرخ سترا ، وإنما عجز عن وطئها[٢] •

المسألة الثانية عشرة : حكم النكاح في العدة :

اتفق الفقهاء على أن النكاح في العدة لا يصح ، سواء كانت عدة أقراء أو عدة أشهر أو عدة حمل ، فإذا تزوج رجل بامرأة وهي في عدتها ، فرق بينهما ، واعتدت بقية عدتها من الأول ، وكان الثاني خاطبا من الخطاب إذا لم يدخل بها •

---

(١) بداية المجتهد : ٢٢/٢ ، مغني المحتاج : ٢٢٥/٣ ، الأم : ٢١٧/٧ .

(٢) مختصر المزني على هامش الأم : ٣٧/٤ ــ ٣٨ .

واختلفوا فيمن تزوج امرأة في عدتها ودخل بها :

١ ــ ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه يفرق بينهما ولاتحل له أبداً .

قال في الشرح الكبير [٢/٤٨٠] : ولو تزوجها الثاني في عدة من الأول فكغيره ممن تزوج في العدة ، فيفسخ نكاحه ، ويتأبد تحريمها عليه إن تلذذ فيها أو وطىء ولو بعدها . اهـ . (أي بعد انتهاء العدة) . [وانظر بداية المجتهد : ٢/٤٦]

٢ ــ وذهب الشافعي وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : إلى أنه يفرق بينهما ، فإذا انقضت عدتها من الاثنين كان خاطباً من الخطاب .

قال في الأم [٥/٢١٥] : ولو أن امرأة طلقت أو ميت عنها ، فنكحت في عدتها، ثم علم ذلك فسخ نكاحها ، فإن كان الزوج الآخر لم يصبها أكملت عدتها من الأول، ولا يبطل عنها من عدتها شيء في الأيام التي عقد عليها فيها النكاح الفاسد ، .. فإن كان أصابها أحصت ما مضى من عدتها قبل إصابة الزوج الآخر ، وأبطلت كل مامضى منها بعد إصابته حتى يفرق بينه وبينها ، واستأنفت البنيان على عدتها التي كانت قبل إصابته من يوم فرق بينه وبينها حتى تكمل عدتها من الأول ، ثم تستأنف عدة أخرى من الآخر ، فإذا أكملتها حلت منها [1] ، والآخر خاطب من الخطاب إذا مضت عدتها من الأول ، وبعد ، لاتحرم عليه .

وقال في الفتح [٤/٤٤٤] : ثلاث قضيات رجع فيها عمر إلى قول علي : امرأة المفقود ، وامرأة أبي كنف ، والمرأة التي تزوجت في عدتها ، وقولنا في الثلاث قول علي رضي الله عنه .

وسيأتي أن قول علي رضي الله عنه أنها لاتحرم عليه على التأبيد .

٣ ــ وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان : الأولى : مثل قول الشافعي وأبي حنيفة ، والثانية : مثل قول مالك ، والظاهر من كلام الخرقي أن المذهب الأولى ، حيث قال [المغني : ٨/١٢٤] :

---

(١) في النسخة : منها ، ولعلها : منهما اي الزوج الأول والثاني .

ولو طلقها أو مات عنها فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها ، فرق بينهما وبنت على مامضى من عدة الأول ، ثم استقبلت العدة من الثاني ، وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين. قال ابن قدامة : وعن أحمد رواية أخرى: أنها تحرم على الزوج الثاني على التأبيد .

الأدلـة :

١ ــ احتج مالك رحمه الله تعالى ومن وافقه بقول عمر رضي الله عنه ، وذلك ما رواه مالك في الموطأ [٥٣٦/٢] عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان ابن يسار : أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها رشيد الثقفي ــ لما تزوجها في العدة من زوج ثان ــ وقال: أيما امرأة نكحت في عدتها: فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتهـا من الأول ، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب ، وإن كان دخـل بهـا فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ، ثم لايجتمعان أبداً . اهـ .

وعضدوا قولهم هـذا : بأن الزوج الثاني أدخل في النسب شبهة ، فأشبـه الملاعن ، فيفرق بينهما على التأبيد .

وكذلك قالوا : إنه استعجل الحق قبل وقته ، فحرمه في وقته ، كالوارث إذا قتل مورثـه . [بداية المجتهد : ٤٧/٢ ، المغني : ١٢٤/٨ ــ ١٢٥].

٢ ــ وحجة القائلين بعدم التحريم الأبدي : ماروى عن علي رضي الله عنه من مخالفته لعمر رضي الله عنه فيما ذهب إليه .

قال الشافعي في الأم [٢١٥/٥] : أخبرنا عبد المجيد عن ابن جريج قـال : أخبرنا عطاء : أن رجلاً طلق امرأته ، فاعتدت منه ، حتى إذا بقي شيء من عدتهـا نكحها رجل في آخر عدتها ــ جهلا ذلك ــ وبنى بها ، فأتى علي بن أبي طالب رضي الله عنه في ذلك ففرق بينهما ، وأمرها أن تعتد مابقي من عدتها الأولى ، ثم تعتد من هـذا عدة مستقبلة ، فإذا انقضت عدتهـا فهي بالخيـار إن شاءت نكحت وإن شاءت فلا . اهـ .

قال الشافعي بعد ذكره هذه الرواية عن علي رضي الله عنه ــ وقد ذكر قبلها حديث مالك عن عمر رضي الله عنه ــ قال : وبقول عمر وعلي تقول في المرأة تنكح في عدتها : تأتي بعدتين معاً • وبقول علي نقول : إنه يكون خاطباً من الخطاب ولم تحرم عليه • اهـ •

والذي رجح لديهم العمل بقول علي رضي الله عنه في هذا أمور :

آ ــ أن الأصل عدم التحريم : دل على ذلك عموم آيات الإباحة كقوله تعالى: « والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم » / النساء : ٢٤ / • فلا يجوز العدول عن الأصل وتخصيص هذه الآيات إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة •

ب ــ أنه وطء في نكاح فاسد ، والوطء بالنكاح الفاسد لايوجب التحريم ، وكذلك لو زنى بها في العدة لاتحرم عليه ، فلا يكون وطؤها بالنكاح الفاسد أشد من زناه بها ، قال في الأم [٢١٥/٥] : لأنه إذا كان يعقد عليها النكاح الفاسد فيكون خاطباً إذا لم يدخل بها ، فلا يكون دخوله بها في النكاح الفاسد أكثر من زناه بها ، وهو لو زنى بها في العدة كان له أن ينكحها إذا انقضت العدة •

وقال في المغني : إنه لايخلو إمـا : أن يكون تحريمها بالعقد ، أو بالوطء في النكاح الفاسد ، أو بهما ، وجميع ذلك لايقتضي التحريم ، بدليل مالو نكحها بلا ولي ووطئها ، ولأنه لو زنى بها لم تحرم عليه على التأبيد فهذا أولى •

ــ ماروي عن عمر رضي الله عنه أنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه • فقد روى الثوري عن أشعث عن الشعبي عن مسروق : أن عمر كان قضى بتحريمهـا ، وكون المهر في بيت المال ، فلما بلغ ذلك علياً أنكره ، فرجع عن ذلك عمر ، وجعل الصداق على الزوج ، ولم يقض بتحريمها عليه [1] •

ونلاحظ هنا أخذ الشافعي بقول الصحابي ، حيث كان أشبه بالقياس وظاهر القرآن ، مع مخالفة غيره له •

---

(١) بداية المجتهد : ٤٧/٢ ، المغني : ١٢٤/٨ ــ ١٢٥ ، فتح القدير : ٤٤٤/٤ •

المسألة الثالثة عشرة : خيار العيب في النكاح :

اختلف الأئمة : فيما إذا وجد أحد الزوجين عيباً في الآخر بعد عقد النكاح ولم يعلم به قبل العقد ، هل يثبت له الخيار في رد النكاح أو لا ؟ .

١ ــ اتفق الأئمة الثلاثة ، مالك والشافعي وأحمد ، رحمهم الله تعالى : على أنه يثبت له الخيار من أربعة عيوب هي : الجنون ، والجذام ، والبرص ، وداء الفرج الذي يمنع من الوطء .

قال ابن رشد في بداية المجتهد [٢/٥٠] : اتفق مالك والشافعي على أن الرد يكون من أربعة عيوب : الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء : إما قرن أو رتق في المرأة ، أو عنة في الرجل أو الخصاء .

وقال الشافعي في الأم [٥/٧٥ ــ ٧٦] : ولا خيار في النكاح عندنا إلا من أربع :

أن يكون حلق فرجها عظماً لايوصل إلى جماعها بحال ، وهذا مانع للجماع الذي له عامة مانكحها . فإن كانت رتقاء ، فكان يقدر على جماعها بحال فلا خيار له ، أو عالجت نفسها حتى تصير إلى أن يوصل إليها فلا خيار للزوج ، وإن لم تعالج نفسها فله الخيار إذا لم يصل إلى الجماع بحال .

قال : وكذلك لو كان بها قرن يقدر معه على الجماع لم أجعل له خياراً ، ولكن لو كان القرن مانعاً للجماع كان كالرتق .

قال : أو تكون جذماء ، أو برصاء ، أو مجنونة .

قال : فأما الغلبة على العقل بالمرض فلا خيار لها فيه ما كان مريضاً ، فإذا أفاق من المرض وثبتت الغلبة على العقل فلها الخيار .

وقال : وما جعلت له فيه الخيار إذا كان بها ، جعلت لها فيه الخيار إذا كان به ، أو حدث به ، والذي يكون به مثل الرتق أن يكون مجبوباً .

وقال الخرقي [المغني : ٧/١٨٤] : وأي الزوجين وجد بصاحبه : جنوناً أو

جذاماً أو برصاً ، أو كانت المرأة رتقـاء ، أو قرناء ، أو عفـلاء ، أو فتقاء ، أو كان الرجل مجبوباً ، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح [1] •

٢ ــ وقال أبوحنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى : لاخيار إلا إذا كان الزوج مجبوباً ، أو عنيناً ، أو خصياً ، فيثبت لها الخيار ، ولا خيار لها في سائر العيوب ، وأما إذا كان العيب فيها فلا خيار له •

وخالفهما محمد رحمه الله تعالى فقال : لها الخيار ــ أيضـاً ــ إذا كان فيه : جنون ، أو مرض فالج ، أو غيره ، إذا كانت بحيث لاتطيق المقام معه •

قال في بداية المبتدي: وإذا كان الزوج عنيناً أجله الحاكم سنة ، فإن وصـل إليها ، وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك ، وتلك الفرقة تطليقة بائنة • وإن كان مجبوباً فرق بينهما في الحال إن طلبت • والخصي يؤجل كما يؤجل العنين • وقال : إذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج ، وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : لها الخيار • [الهداية وشروحها : ٣/٢٦٣ ــ ٢٦٨ ، وانظر فتح القدير : ٣/٣٨٧]

الأدلــة :

١ ــ عمدة القائلين بثبوت خيار الفسخ في النكاح بسبب العيب :

آ ــ قول الصحابي ، وهــو ما رواه مالك في الموطأ [٢/٥٢٦] عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص

---

(١) الجذم : مرض يصيب البدن ، ربما انتهى إلى تآكل الأعضاء وتساقطها .
البرص : بياض يظهر في ظاهر البدن .
قرن : عظم في فرج المرأة يمنع من الجماع .
رتـق : هو انسداد فرج المرأة .
عنة : ضعف في الرجل لايحصل معه انتشار الذكر ، ولا يقدر على الوطء .
خصاء : هو سل الخصية وإذهاب خواصها .
مجبوباً : مقطوع الذكر .
عفلاء : ضيقة الفرج .
فتقاء : منفتقة الفرج .

ـ وفي بعض الروايات أو قرن ـ فمسها ، فلها صداقها كاملاً ، وذلك غرم لزوجها على وليها • اهـ • وهذا ظاهر في ثبوت الخيار •

وذكر ابن قدامة أن ذلك مروي أيضاً عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم • [المغني : ٧/١٨٤ ، الأم : ٥/٧٥ ، وانظر الزرقاني : ٤/١٣]

ب ـ القياس :

أما المالكية والحنابلة : فإنهم شبهوا النكاح بالمبيع : فكما يثبت خيار العيب في عقد البيع يثبت في عقد النكاح ، وذلك أن المرأة أحد العوضين في النكاح ، فجاز رده بالعيب كالصداق ، أو أنهما أحد الزوجين فثبت له الخيار بالعيب في الآخر ، فيثبت للمرأة حق الخيار في الرجل كما يثبت للرجل في المرأة •

وقال الحنابلة أيضاً : إن المختلف فيه عيب يمنع الوطأ ، فأثبت الخيار ، كالجب والعنة اللذين لا اختلاف فيهما في ثبوت الخيار بسببهما •

وأما الشافعي رحمه الله تعالى : فإنه شبه الضرر اللاحق لكل من الزوجين بسبب هذه العيوب بالضرر اللاحق في الإيلاء ، فكما يثبت للزوجة خيار الفرقة إذا لم يفيء بعد المدة ، كذلك هنا يثبت خيار الفسخ ، لأن الضرر متشابه بل هنا أكثر •

فإنه رحمه الله تعالى قال : فإن قال قائل : فهل فيه من علة جعلت لها الخيار غير الأثر ؟ قيل : نعم • اهـ • ثم بين ضرر الجذام والبرص وأثره على النسل ، وأنه منفر لاتطيب بوجوده نفس رجل أن يجامع من هي فيه ، ولا نفس امرأة أن يجامعها من هو فيه ، وكذلك الجنون وما يلازمه من فوضى في المعاشرة ، ثم عيوب الفرج وماتفوته من الجماع الذي له عامة النكاح ، ثم قال : فإن قال : فهل من حكم الله تعالى أو سنة لرسول الله ﷺ يقع فيه الخيار أو الفرقة بغير طلاق ولا اختلاف دينين ؟ قيل نعم • جعل الله للمولي تربص أربعة أشهر ، أوجب عليه بمضيها أن يفيء أو يطلق ، وذلك أنه امتنع من الجماع بيمين ، لو كانت على غير مأثم كانت طاعة الله أن لايحنث ، فلما كانت على معصية أرخص له في الحنث • وفرض الكفارة في الأيمان في غير ذكر المولي فكانت عليه الكفارة بالحنث ، فإذا لم يحنث أوجبت عليه الطلاق •

وقال : والعلم يحيط أن الضرر بمعاشرة الأجذم والأبرص والمجنون والمخبول أكثر منه بمعاشرة المولي مالم يحنث ، وإن كان يفترقان في غير هذا المعنى •

وقال : فكل موضع من النكاح لم أفسخه بحال فعقده غير محرم ، وإنما جعلنا الخيار فيه بالعلة التي فيه ، فالجماع فيه مباح ، وأي الزوجين كان له الخيار فمات أو مات الآخر قبل الخيار توارثا •

[بداية المجتهد : ٢/٥٠، المغني : ٧/١٨٤ ، الأم : ٥/٧٦]

٢ ــ وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله : فحجتهم في عدم الفسخ مطلقاً :

ما روي عن النبي ﷺ :أنه قال للتي تزوجها ، فوجد بكشحها [١] بياضاً : (الحقي بأهلك) [٢] قالوا : وهذا من كنايات الطلاق ، بل لايبعد عده من صرائحه في عرف العرب بالاستقراء ، فعرف أنه لافسخ عن عيب ، وإنما هو الطلاق : فإن شاء طلق وإن شاء أمسك •

ــ احتجوا بما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال : لاترد الحرة عن عيب •

وكذلك ما روى الدارقطني [٣/٢٦٧] عن علي رضي الله عنه قال : إذا وجد بامرأته شيئاً من هذه العيوب فالنكاح لازم له ، إن شاء طلق وإن شاء أمسك •اهـ•

وحجتهم في العنين والخصي والمجبوب : قول الصحابي ، وذلك :

ما رواه محمد بن الحسن عن أبي حنيفة قال : حدثنا إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب : أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لايصل إليها ، فأجله حولاً ، فلما انقضى حول ولم يصل إليها خيرها ، فاختارت نفسها ، ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة • وروي مثل ذلك عن علي وابن مسعود والمغيرة •

---

(١) الكشح : ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف .

(٢) ذكره ابن حجر في بلوغ المرام عن كعب بن عجرة رضي الله عنه ، وقال : رواه الحاكم ، وفي إسناده جميل بن زيد وهو مجهول ، واختلف عنه في شيخه اختلافاً كثيراً . سبل السلام : ٣/١٥٣

وقيس الخصي على العنين ، وأما المجبوب : فلا فائدة في التأجيل ، لأنه لتوقع الجماع ، ولا توقع لفقد الآلة •

٣ ــ وحجة محمد رحمه الله فيما ذهب إليه : هو أن ما ثبت من دلائل يمكن بها التخلص بالطلاق إنما تفيد في تخلص الرجل ، وأما المرأة فلا يمكنها ذلك ، ولهذا يثبت لها الخيار إذا كان المرض بحيث لاتطيق المقام معه •

قال ابن الهمام : والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم ، فعن عمر أنه أثبت الخيار ، وحمله على خيار الطلاق بعيد ، فإن ذلك ثابت لايحتاج إلى نقل إثبات عمر إياه •

وقول محمد أرجح فيما يظهر ، فإن ماذكرنا من طريق التخلص بالطلاق وما أفادته هذه الدلائل إنما هو في تخلص الرجل ، فأما المرأة فلا تقدر عليه ، وهي محتاجة إلى التخلص ومأمورة بالفرار ، قال ﷺ : (فر من المجذوم فرارك من الأسد [١] • [الهداية وشروحها : ٣/٢٦٣ ــ ٢٦٥ ، ٢/٣٨٨ ــ ٣٨٩]

المسألة الرابعة عشرة : الحكم بالتفريق لزوجة المفقود :

اختلفوا في التفريق بين المفقود ــ الذي تجهل حياته أو موته في أرض الإسلام ــ وبين زوجته :

١ ــ فذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه يفرق بينهما بعد أربع سنين يضربها الحاكم ، ثم تعتد عدة وفاة ، ثم تحل •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٥٢] : قال مالك : يضرب لامرأته الأجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم ، فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ، ضرب لها الحاكم الأجل ، فإذا انتهى ، اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً وحلت •

---

(١) اخرجه البخاري تعليقاً عن ابي هريرة رضي الله عنه : ٧/١٦٤

٢ ــ وذهب أحمد رحمه الله تعالى : إلى مثـــل ما ذهب إليه مالك فيما إذا كانت غيبته ظاهرها الهلاك • أما إذا كانت غيبته ظاهرها السلامة فلا تفريق بينهما حتى يثبت الموت •

قال ابن قدامة في معرض تعداد أنواع الغيبة [المغني : ٨/١٣٠] :

النوع الثاني : أن يفقد الزوج وينقطع خبره ، ولا يعلم له موضـــع ، فهـــذا ينقسم قسمين :

أولاً : أن يكون ظاهر غيبته السلامة ، كسفر التجارة في غير مهلكة وطلب العلم والسياحة • وهذا القسم لاتزول فيه الزوجية مالم يثبت موته •

ثانياً : أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك ، كالذي يفقد من بين أهله ليـــلاً أو نهاراً ، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجـــع ، أو يمض إلى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع فـــلا يظهر له خبر ، أو يفقد بين الصفين ، وأمثـــال ذلك • فمذهب أحمد ــ الظاهر عنه ــ أن زوجته تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ، ثم تعتد للوفـــاة أربعة أشهر وعشراً ، ثم تحل للأزواج •

٣ ــ وذهب الشافعي وأبو حنيفة رحمهمـــا الله تعالى : إلى أنـــه لايفرق بين المفقود وزوجته حتى يتيقن موته ، أو يتم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد عند أبي حنيفة وأصحابه •

قال في الأم [٥/٢٢١] : فكذلك عندي امرأة الغائب ، أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف ، بأسار عدو ، أو بخروج الزوج ثم خفي مسلكه ، أو بهيام من ذهاب عقل ، أو خروج فلم يسمع له ذكر ، أو بمركب في بحر فلم يأت خبر ، أو جاء خبر أن غرقاً كان ، يرون أنه قد كان فيه ، ولا يستيقنون أنه فيه ، لاتعتد امرأته ولا تنكح أبداً حتى يأتيها يقين وفاته ، ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته وترثه •

وقال في بداية المبتدي [٤/٤٤٠ ــ ٤٤٢] : إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ، ولا يعلم أحي هـــو أم ميت ، نصب القاضي من يحفظ مـــاله ويقوم عليه

ويستوفي حقه ، ولا يبيع مالا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها ، وينفق على زوجته وأولاده من ماله ، ولا يفرق بينه وبين امرأته ، وإذا تم له مائة وعشرون من يوم ولد حكمنا بموته .

هذه آراؤهم في التفريق وعدمه .

فإذا فرق بينهما ثم جاء الزوج الغائب :

فإن أدركها قبل أن تتزوج بغيره فهي امرأته ، وهو أحق بها عند الجميع .

وإن أدركها وقد تزوجت بغيره :

فعند مالك : هي امرأة الثاني ، ولا سبيل للأول إليها مطلقاً .

قال في الموطأ [٢/٥٧٥] : وإن تزوجت بعد انقضاء عدتها ، فدخل بها زوجها أو لم يدخل بها ، فلا سبيل لزوجها الأول إليها . وإن أدركها قبل أن تتزوج فهو أحق بها [١] .

وعند أحمد : إن أدركها قبل دخول الثاني فهي امرأته ، وإن أدركها بعد الدخول خير الأول بين امرأته والصداق .

قال ابن قدامة [المغني : ٨/١٣٣] : فإن قدم زوجها الأول قبل أن تتزوج فهي امرأته ، فأما إن قدم بعد أن تزوجت نظرنا :

فإن كان قبل دخول الثاني بها فهي زوجة الأول ترد إليه ، ولا شيء ، قال أحمد : أما قبل الدخول فهي امرأته ، وإنما التخيير بعد الدخول . اهـ .

وعند الشافعي وأبي حنيفة : هي امرأته مطلقاً ، والنكاح فاسد ، وترد عليه ، دخل بها الثاني أو لم يدخل .

قال الشافعي [الأم : ٥/٢٢٢] : ولو حكم لها حاكم بأن تزوج فتزوجت فسخ

---

(١) ذكر في الشرح الكبير : حتى لو جاء الأول قبل دخول الثاني كان أحق بها ٢/٤٨٠

نكاحها ، وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ، وإن دخل بها فأصابها فلها مهر مثلها لا ما سمي لها ، وفسخ النكاح •

وقال : ولو تربصت أربع سنين ، ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً ، ثم نكحت فولدت أولاداً ، ثم جاء الأول كان الولد ولد الآخر ، لأنه فراش بالشبهة ، وردت على الزوج ، ومنع إصابتها حتى تعتد ثلاث حيض ، وإن كانت ممن لاتحيض ـ لإياس من المحيض أو صغر ـ فثلاثة أشهر ، وإن كانت حبلى فأن تضع حملها • اهـ •

وذكر ابن الهمام في الفتح [٤/٤٤٤] : أن قولهم في ذلك قول علي رضي الله عنه ، وهو أنه قال في امرأة المفقود أنها لاتتزوج ، وقال : إذا قدم وقد تزوجت امرأته ، هي امرأته إن شاء طلق ، وإن شاء أمسك ، ولا تخير •
[انظر : الأم ٥/٢٢٣]

الأدلـة :

أ ـ حجة مالك رحمه الله تعالى في هذا قول الصحابي وعمل أهل المدينة :

جاء في الموطأ [٢/٥٧٥] : عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب: أن عمر بن الخطاب قال : أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو ؟ فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل • قال مالك : وإن تزوجت بعد انقضاء عدتها ، فدخل بها زوجها أو لم يدخل بها ، فلا سبيل لزوجها الأول إليها •

قال مالك : وذلك الأمر عندنا (١) ، وإن أدركها زوجها قبل أن تتزوج فهو أحق بها • اهـ •

---

(١) قال الزرقاني : فالعقد بمجرده يفيتها ، ثم رجع مالك عن هذا قبل موته بعام وقال : لايفيتها على الأول إلا دخول الثاني غير عالم بحياته كذات الوليين ، وأخذ به ابن القاسم وأشهب ، قال في الكافي : وهو الأصح من طريق الأثر ، لأنها مسألة قلدنا فيها عمر ، وليست مسألة نظر . أقول : ويوافق هذا ما جاء في الشرح الكبير : حتى لو جاء الأول قبل دخول الثاني كان احق بها . الزرقاني : ٤/١١٤ ، الشرح الكبير : ٢/٤٨٠ .

هذا ونلاحظ في هذه المسألة أن مالكاً رحمه الله تعالى أخذ بقول عمر رضي الله عنه في التفريق بين المفقود وزوجته ، وخالفه فيما إذا رجع المفقود وقد تزوجت زوجته ، حيث نسب إلى عمر أنه قال : إذا جاء وقد دخل بها الثاني خير الأول بين امرأته والصداق ، وإن لم يدخل بهـا فهي امرأته ، لأن العمل في المدينة كان على خلاف قول عمر . وكان مالكاً يشك في نسبة ذلك إليه حيث قال في الموطأ [٢/٥٧٦] وأدركت الناس ينكرون الذي قال بعض الناس على عمر بن الخطاب أنه قال : يخير زوجها الأول إذا جاء في صداقها أو في امرأته .

ومن حجة مالك رحمه الله تعالى ماذكره ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٥٢] من قياسه الغيبة على الإيلاء والعنة ، حيث شبه الضرر اللاحق لها من غيبته بالضرر اللاحق بالإيلاء والعنة ، فيكون لها الخيار كما يكون في هذين .

ب ــ وعمدة أحمد رحمه الله تعالى :

١ ــ حديث عمر رضي الله عنه في المفقود ، وهو ما رواه الأثرم والجوزجاني عن عبيد بن عمير قال : فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له ، فقال : انطلقي فتربصي أربع سنين ، ففعلت ، ثم أتته فقـال : انطلقي فاعتدي أربعة أشهر وعشراً . ففعلت ثم أتته فقـال : أين ولي هذا الرجل ؟ فقال : طلقها . ففعل ، فقال لها عمر : انطلقي فتزوجي من شئت . فتزوجت ، ثم جاء زوجها الأول. فقـال عمر : أين كنت ؟ فقال : يا أمير المؤمنين استهوتني الشياطين ، فوالله ما أدري في أي أرض الله كنت ، كنت عند قـوم يستعبدونني ، حتى اغتزاهم منهم قـوم مسلمون فكنت فيما غنموه ، فقالوا لي : أنت رجل من الأنس ، هؤلاء من الجن ، فمالك ومالهم ؟ فأخبرتهم خبري ، فقالوا بأي أرض الله تحب أن تصبـح ؟ قلت : المدينة ، هي أرضنا ، فأصبحت أنظر إلى الحرة ، فخيره عمر : إن شاء امرأته وإن شاء الصداق ، فاختار الصداق وقال : قد حبلت ، لا حاجة لي فيها .

قـال أحمد : يروى عن عمر رضي الله عنه مـن ثلاثة وجوه ، ولم يعرف في الصحابة له مخالف .

٢ ــ روى الجوزجاني وغيره بإسنادهم عن علي رضي الله عنه في امرأة المفقود مثل قول عمر • قال : وقضى به عثمان أيضاً ، وابن الزبير في مولاة لهم •

قال : وهذه قضايا انتشرت في الصحابة ، فلم تنكر ، فكانت إجماعاً •

قالوا وما روي عن علي رضي الله عنه غير هــذا فمحمول على ما ظاهر غيبته السلامة ، جمعاً بينه وبين ما روينا •

٣ ــ وحجتهم فيمن ظاهر غيبته السلامة : أن هذه غيبة ظاهرها السلامة ، فلم يحكم بموته ، كما قبل الأربع سنين أو غيرها ، ولأن هــذا التقدير بغير توقيف ، والتقدير لاينبغي أن يصار إليه إلا بالتوقيف ، وخبر عمر رضي الله عنه ورد فيمن ظاهر غيبته الهلاك ، فلا يقاس عليه غيره • [٨/١٣٠ ــ ١٣٣]

جـ ــ وأما الشافعي وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى فحجتهما في ذلك :

١ ــ الاستصحاب : وذلــك أن عصمة النكاح قــد ثبتت بينهمــا بيقين ، واستصحاب الحال يوجب أن لاتنحل هذه العصمة حتى يدل الدليل على الموت أو الطلاق • والغيبة لاتوجب الفرقة ، والموت في حيز الاحتمال ، فــلا يزال النكاح بالشك •

على أن الأدلــة قائمة على أنها زوجته : حيث يلحقهــا طلاقه وإيلاؤه وظهاره وغير ذلك من الأحكام ، التي جعلها الله بين الزوجين ، ويلزم بها هو أيضاً وهو في غيبته ، وإذا كان كذلك فلا يفرق بينهما ، ولا تعتد منه إلا بيقين موته ، كما لو ظنت أنه طلقها فلا تعتد حتى يبلغها الطلاق بيقين ، إذ لاعدة إلا من طلاق أو موت •

قال في الأم : قال الله تبارك وتعالى : « قد علمنا مافرضنا عليهم في أزواجهم » [الأحزاب : ٥٠] •

قال : وجعل رسول الله ﷺ على الزوج نفقة امرأته ، وحكم الله عز وجل بين الزوجين أحكاماً ، منها : اللعان والظهار والإيلاء ووقوع الطلاق ، فلــم يختلف المسلمون فيما علمته في أن ذلك لكل زوجة على كل زوج غائب وحاضر ، ولــم يختلفوا في أن لا عدة على زوجة إلا من وفاة أو طلاق •

وقال : ولا تعتد امرأة من وفاة ــ ومثلها يرث ــ إلا ورثت زوجها الذي اعتدت من وفاته •

وقال : ولو طلقها ــ وهو خفي الغيبة بعد أي هذه الأحوال كانت ــ (أي أحوال الغيبة) أو آلى منها ، أو تظاهر ، أو قذفها ، لزمه ما يلزم الزوج الحاضر في ذلك كله ، وإذا كان هذا هكذا : لم يجز أن تكون امرأة رجل ، يقع عليها ما يقع على الزوجة ، تعتد لا من طلاق ولا وفاة ، كما لو ظنت أنه طلقها أو مات عنها ، لم تعتد من طلاق إلا بيقين •

٢ ــ ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال في امرأة المفقود : هي امرأة ابتليت ، فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق •

قال الشافعي : فإن قال قائل : فهل تحفظ عمن مضى مثل قولك في أن لاتنكح امرأة المفقود حتى تستيقن موته ؟ • قلنا : نعم •• عن علي رضي الله عنه : أنه قال في امرأة المفقود : إذا قدم وقد تزوجت امرأته هي امرأته ، إن شاء طلق وإ نشاء أمسك ، ولا تخير •

قال ابن الهمام : الحاصل أن المسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم ، فذهب عمر إلى ما تقدم (التفريق بعد مضي أربع سنين والعدة) وذهب علي : إلى أنها امرأته حتى يأتيها البيان ، والشأن في الترجيح ، والحديث الضعيف يصلح مرجحاً مثبتاً بالأصالة • هـ

والحديث الضعيف المرجح في هذا الباب ما أخرجه الدارقطني في سننه [٣/٣١٢] عن سوار بن مصعب : حدثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال : قال رسول الله ﷺ : (امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان) وفي بعض نسخه : (حتى يأتيها الخبر) •

قال في شرح العناية : إن (البيان) في الحديث المرفوع إلى النبي ﷺ مجمل ، وقول علي رضي الله عنه خرج بياناً لذلك المبهم •

قالوا : وقد ذكر أن عمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه في ذلك •

قال في الفتح : ذكر ابن أبي ليلى قال : ثلاث قضيات رجع فيها عمر إلى قول علي ••• وذكر امرأة المفقود •

وقال الشافعي في الأم : فإن قال قائل : فهل قال غيرك هذا ؟ قيل : نعم •

وروي فيه شيء عن بعض السلف ، وقد روي عن الذي روي عنه هذا أنه رجع عنه •

[الأم : ٥/٢٢١ ـ ٢٢٣ • الهداية وشروحها : ٤/٤٤٣ • بداية المجتهد : ٢/٥٢]

المسألة الخامسة عشر : إرث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت :

اتفق الأئمة على : أن التوارث بين الزوجين قائم ، إذا كان الطلاق رجعياً وكان الموت في العدة •

واتفقوا أيضاً على : أنه لا توارث ، إذا كان الطلاق في الصحة وبانت قبل الموت •

واختلفوا : فيما إذا طلق المريض زوجه طلاقاً بائناً ، ومات من مرضه ، هل ترثه أو لا ؟ مع اتفاقهم على أنه لا يرثها إذا ماتت قبله •

١ ـ ذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله تعالى : إلى أنها ترثه • ولكنهم اختلفوا فيما بينهم متى ـ إذا مات ـ ترثه •

فقال أبو حنيفة وأصحابه : ترثه ما دامت في العدة ،فإذا مات بعد انقضائها فلا ميراث لها •

قال في بداية المبتدي [٣/١٥٠] : وإذا طلق الرجل امرأة في موته طلاقاً بائناً ، فمات وهي في العدة ورثته ، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها •

وقال أحمد في المشهور عنه : إنها ترثه ولو مات بعد انقضاء العدة ما لم تتزوج •

قال ابن قدامة [المغني : ٦/٣٩٤] : فالمشهور عن أحمد أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج ، قال أبو بكر : لا يختلف قول أبي عبد الله في المدخول بها

إذا طلقها المريض : إنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج • وروي عنه ما يدل على أنها لا ترث بعد العدة • هـ

وقال مالك : ترثه مطلقاً ولو تزوجت ومات بعد زواجها •

جاء في الموطأ [٢/٥٧٢] : قال مالك : وإن طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها ، وإن دخل بها ثم طلقها فلها المهر كله والميراث ، البكر والثيب في هذا عندنا سواء •

وقال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٨٢] : وقال قوم بل ترث ، كانت في العدة أو لم تكن ، تزوجت أو لم تتزوج ، وهو مذهب مالك والليث • هـ

٢ ــ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى أنه لاتوارث بينهما مطلقاً •

قال في الأم [٥/٢٣٥ ــ ٢٣٦] : فإن لم يصح الزوج حتى مات فقد اختلف في ذلك أصحابنا : فمنهم من قال : لا ترثه ••• قال : ومن قال هذا فليست عليه مسألة ، صح الزوج بعد الطلاق أو لم يصح ، أو نكحت الزوجة أو لم تنكح • ولم يورثها منه إذا لم يكن له عليها رجعة ولا هو منها ، ولو طلقها ساعة يموت ، أو قال: أنت طالق قبل موتي بطرفة عين أو بيوم ، ثلاثاً ، لم ترث في هذا القول بحال •وقال :

فذهب بعض أصحابنا إلى أن يورث المرأة وإن لم يكن للزوج عليها رجعة ، إذا طلقها الزوج وهو مريض • اهـ • وذكر أقوالهم في ذلك ــ وهي ثلاثة كما سبق عن الأئمة ــ وقال: وهذا مما أستخير الله عز وجل فيه •

قال الربيع : وقد استخار الله تعالى فيه فقال : لا ترث المبتوتة •

الأدلــة :

١ ــ عمدة الحنفية في هذا الباب الاستحسان • قال في الهداية [٣/١٥٥] : إن امرأة الفارّ ترث استحساناً • هـ

ولعل هذا النوع من الاستحسان هو ما يسمونه (استحسان الإجماع) يدل عليه ما قاله في تحفة الفقهاء [٣/ ٢٧٨] : فأما المريض إذا طلق ، وهــو صاحب

الفراش ، طلاقاً رجعياً أو بائناً أو ثلاثاً ، ثم مات من ذلك المرض ، وهي في العدة، فإنها ترثه عندنا ــ خلافاً للشافعي ــ والقياس معه ، لكنا استحسنا بإجماع الصحابة • هـ

وهذا الإجماع عندهم هو أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصبغ ابن زياد الكلبية من عبد الرحمن بن عوف ، لما بت طلاقها في مرضه ومات وهي في العدة ، وكان هذا بمحضر من الصحابة ، فلم ينكر عليه أحد ، فكان إجماعاً •

قال ابن الهمام : وبمذهبنا قال عمر وابنه وعثمان وابن مسعود والمغيرة • ونقله أبو بكر الرازي عن علي وأبي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد ابن ثابت ولم يعلم عن صحابي خلافه • قال : وقول ابن الزبير في خلافته : لو كنت أنا لم أورثها ، أراد به : لعدم علمي إذ ذاك بأن الحكم الشرعي في حقها ذلك • قال : وهو بعد انعقاد الإجماع ، فلا يقدح فيه •

وكذلك من الحجة لهم في هذا الاستحسان : أنهم قاسوا توريث البائن في العدة على ما لو وهب المريض كل ماله ، أو تبرع بشيء منه لبعض الورثة في مرض موته ، بجامع أن في كل إبطال حق بعد تعلقه بماله • وهذا لأن حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لأنه سبب الموت ، ولذا حجر عن التبرعات بما زاد على الثلث ، والزوجة من الورثة ، وقد تعلق حقها بماله بمرضه ، وفي إبانتها في المرض إبطال لهذا الحق ، فلا ينفذ حكمه •

وقال ابن الهمام : وكان مقتضى القياس أن ترث ولو مات بعد تزوجها ــ كقول مالك ــ إلا أن أصحابنا رأووا أن اشتراط عمل هذه العلة الإمكان ، وهو ببقاء العدة بناء على أن حكم الشرع بالميراث لا بد أن يكون بنسب أو سبب ، وهو الزوجية والعتق ، فحيث اقتضى الدليل توريث الشرع إياها لزم أنه اعتبر بقاء النكاح حال الموت ، ومعلوم أن بقاءه إما بالحكم بقيامه حقيقة أو بقيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك ، وقيام هذه الآثار ليس إلا بقيام العدة ، فيلزم ثبوت توريثها بموته في عدتها • هـ

هذا ويمكننا أن نعتبر أن من حجة الحنفية في هذه المسألة العمل بقول الصحابي ، إن لم نقل هو الحجة • [الهداية وشروحها : ٣/١٥٠] •

٢ ــ وحجة الحنابلة للرواية المشهورة عن أحمد العمل بقــول الصحابي ، وذلك ما ثبت عن عثمان رضي الله عنه أنه ورث تماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه فبتها • وما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن أن أباه طلق أمه وهو مريض فمات ، فورثته بعد انقضاء العدة •
[انظر الموطأ : ٢/٥٧١ ــ ٥٧٢]

قالوا : واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر ، فكان إجماعاً •

ولعل المرجح عندهم لرواية توريثها بعد انقضاء العدة : المعنى الذي ذكروه من أن سبب توريثها فراره من ميراثها ، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة •

وحجتهم في عدم توريثها إذا تزوجت :

١ ــ إجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث من زوجين ، وهــذه وارثة من زوج ، فلا ترث زوجاً سواه كسائر الزوجات •

٢ ــ لأن التوارث من حكم النكاح ، فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر ، كالعــدة •

٣ ــ العلة التي أوجبت الميراث هي التهمة ، وبزواجها ترتفع التهمة ، لأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الأول لها ، فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها •
[المغني : ٥/٣٩٥ ــ ٣٩٦ وانظر بداية المجتهد : ٢/٨٣] •

٤ ــ وحجة مالك رحمه الله تعالى العمل بقول الصحابي وسد الذرائع :

أما الأول فما رواه مالك في موطئه [٢/٥٧١ ــ ٥٧٢] أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته ألبتة وهو مريض ، فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها • وروى أيضاً أن عثمان ورث نساء ابن مكمل منه ، وكان طلقهن وهو مريض •

وأما الثاني : أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق زوجته في مرضه ليمنعها حظها من الميراث ، وجب توريثها سداً للذريعة •

وهـذا المعنى قائم ، سواء مات في العدة أم بعدها ، تزوجت أم لم تتزوج ، فلا يمنع انقضاء العدة وتزوجها حقها في الميراث .

[انظر بداية المجتهـد : ٢/٨٢] .

٥ ـ وحجة القائلين بعدم توريثها مطلقاً : أن الطلاق البائن إذا وقع لم تبق المطلقة زوجة ولا في معنى الزوجة ـ وطلاق المريض واقع باتفاقهم ـ وإذا كانت ليست بزوجة ولا في معناهـا ، فلا ميراث لها ، لأن الله تعالى جعـل التوارث بـين الزوجين وهـذان ليسا بزوجـين ، فكمـا أنه لا يرثهـا إذا ماتت فكذلـك هي لا ترثه إذا مات .

والدليل على أنها ليست بزوجة ولا في معناها أنه لا رجعة لها ، ولا تعتد من وفاته ، ويتزوج أختها ، أو أربعاً سواها ، إلى غير ذلـك من الأمـور التي تفارق فيهـا الزوجـة .

قال في الأم [٥/٢٣٥] : فإن لم يصح الزوج حتى مات فقد اختلف في ذلك أصحابنـا :

فمنهم من قال : لا ترثه . وذهب إلى أن حكم الطلاق يقع على الزوجة ، وأن الزوج لا يرث المرأة لو ماتت فكذلك لا ترثه ، لأن الله تعالى ذكره إنما ورث الزوجة من الزوج والزوج مـن الزوجة ما كانا زوجين ، وهذان ليسا بزوجين . ولا يملك رجعتها فتكون في معاني الأزواج فترث وتورث ...

وذهب إلى أن على الزوجة أن تعتد من الوفاة أربعة أشهر وعشراً ، وهـذه لا تعتد من الوفاة . وأن الزوجة إذا كانت وارثة إن مات زوجها كانت موروثة إن ماتت قبله ، وهذه لا يرثها الزوج ، وأن الزوجة تغسل الزوج ويغسلهـا وهـذه لا تغسله ولا يغسلها ، وأنه ينكح أختها أو أربعاً سواها . قال : وكل هذا يبين أن ليست زوجة ، وإذا لم تكن زوجة فلا ميراث لها بحال . هـ

المسألة السادسة عشرة : الضمان في الجناية على الحيوان :

اختلفوا فيما يجب في الجناية على الحيوان :

١ ـ ذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه يجب في العـين

الواحدة ــ من البهيمة التي لا يؤكل لحمها وما شابهها من مأكول اللحم كالبقرة والجزور ــ ربع قيمتها ، وما عدا ذلك فيجب فيه ما نقص من القيمة .

قال في بداية المبتدي [٨/٣٥١] : شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها . وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة ، وكذا في عين الحمار والبغل والفرس .

٢ ــ وذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى أنه يجب ما نقص من القيمة مطلقاً .

قال في بداية المجتهد [٢/٣١٨] : وقال الشافعي ومالك : يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص في ثمنها . هـ

قال الشافعي في الأم [٣/٢١٨] : ويقوم المتاع كله، والحيوان كله غير الرقيق، صحيحاً ومكسوراً ومجروحاً قد برأ من جرحه ، ثم يعطي مالك المتاع والحيوان فضل ما بين قيمته صحيحاً ومكسوراً ومجروحاً .

٣ ــ وذهب أحمد رحمه الله تعالى في إحدى الروايتين عنه إلى أنه يلزم ما نقص من القيمة . وعنه رواية أخرى أنه يلزم في العين الواحدة من الدابة فقط ربع القيمة ، وما عدا ذلك فالأرش .

قال ابن قدامة [المغني : ٥/١٨٤] : وقدر الأرش قدر نقص القيمة في جميع الأعيان . وعن أحمد رواية أخرى : أن عين الدابة تضمن بربع قيمتها .

الأدلـة :

١ ــ عمدة الحنفية ــ والرواية الثانية عن أحمد ــ في وجوب ربع القيمة في العين الواحدة من البهيمة : هو قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك ، فقد روي عنه أنه كتب إلى شريح ــ لما كتب إليه يسأله عن عين الدابة ــ إنا كنا ننزلها منزلة الآدمي ، إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربع الثمن .

وهذا القول منه رضي الله عنه مخالف للقياس ، وإذا كان قول الصحابي مخالفاً للقياس وجب العمل به ، لأنه يعلم أنه صار إلى القول به من جهة التوقيف ،

ولا سيما أنه لم يعلم له مخالف فيه ، بل فيه قوله أجمع رأينا ، فصار إجماعاً يقدم على القياس . ودعموا قولهم هـذا بما رواه خارجة بن زيد بن ثابت رضي الله عنهما عن أبيه : أن النبي ﷺ قضى في عين الدابة بربع قيمتها[1] .

وإنما اوجبوا ربع القيمة في العين الواحدة من الدابة ، وقدر النقص فيما زاد على العين الواحدة أو غيرها من الأعضاء ، لأن النص ورد في ذلك ، وهو مخالف للقياس ، فيقتصر عليه ، ويعمل القياس فيما سوى العين الواحدة .

قال في شرح العناية : ألا ترى أن العينين لا يضمنان بنصف القيمة ؟ كـذا قال فخر الإسلام رحمه الله ، وإنما قال ذلك لأن المعمول به في هذا الباب النص ، وهو ورد في عين واحدة ، فيقتصر عليه . هـ

وفي رواية أبي الحارث عن أحمد قال : في رجل فقأ عين دابة لرجل : عليـه ربع قيمتها . قيل له : فقأ العينين ؟ فقال : إذا كانت واحدة ، فقال عمر : ربع القيمة ، وأما العينان فما سمعت فيهما شيئاً .

والحنفية ألحقوا بالدابة كل حيوان ينتفع به بالحمل والركوب والعمل وإن كان مأكول اللحم ، لما بينهما من تشابه ، ولما فيه من مقاصد سوى اللحم .

قال في شرح العناية : فإن قيل : يجوز أن يكون قضاء رسول الله ﷺ فيما لا يؤكل لحمه ؟ فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول ـ وهو الحمل فالركوب والزينة والجمال والعمل ـ موجود في مأكول اللحم ، فيلحق به .

وأما أحمد رحمه الله تعالى : فاقتصر على ماورد في النص ، وأعمل القيـاس فيما سواه ، وقال بوجوب ما نقص من القيمة في كل ما يصاب من مأكول اللحم .

جاء في رواية أبي الحارث عنه : قيل له : فإن كان بعيراً أو بقرة أو شـاة ؟ فقال : هذا غير الدابة ، هذا ينتفع بلحمه ، ينظر ما نقصها . قال ابن قدامة : وهذا

---

(1) قال في نصب الراية : رواه الطبراني في معجمه ، ورواه العقيلي في ضعفائه ، وأعله بإسماعيل بن أمية ، وضعفه عن جماعة من غير توثيق . (٤/٣٨٨) .

يدل على أن أحمد إنما أوجب مقدراً في العين الواحدة من الدابة ــ وهي الفرس والبغل والحمار خاصة ــ للأثر الوارد فيه ، وما عدا هذا يرجع إلى القياس . [المغني : ٥/١٨٤ ، الهداية وشروحها : ٨/٣٥٢] .

٢ ــ وعمدة مالك والشافعي رحمهما الله تعالى ، والرواية الأولى عن أحمد رحمه الله تعالى : القياس على سائر المتلفات من الأموال ، لأنها مال . وكذلك قياساً على وجوب قيمتها فيما لو أتلفت جميعها ، فكذلك يجب قيمة ما نقص عند إتلاف الجزء منها ، وذلك : لأن القصد بالضمان جبر حق المالك ، والتعويض عليه بإيجاب قدر المفوت عليه ، وعند إتلاف الجزء يكون المفوت عليه قدر ما نقص من ثمن الكل ، فيكون هو الجابر .

قال في الأم [٣/٢٥٠] : وأخذ قيمة ما نقصها كما يأخذ قيمتها لو هلكت .

وقال في بداية المجتهد [٢/٣١٨] : وقال الشافعي ومالك : يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص في ثمنها ، قياساً على التعدي في الأموال .

وقال في المغني [٥/١٨٥] : لنا أنه ضمان مال من غير جناية ، فكان الواجب ما نقص كالثوب . ولأنه لو فات الجميع لوجبت قيمته ، فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان [1] .

هذا ونستطيع أن نقول : إن عمدة مالك رحمه الله في هذا ــ بالإضافة إلى القياس ــ عمل أهل المدينة ، حيث جاء في الموطأ [٢/٧٤٨ ، ٨٧٠] .

قال يحيى : سمعت مالكاً يقول : الأمر عندنا فيمن أصاب شيئاً من البهائم : إن على الذي أصابها قدر ما نقص من ثمنها .

ولا مانع من تعدد الأدلة في المسألة الواحدة .

---

(١) يناقش في المغني [٥/١٨٥] حديث خارجة مبيناً عدم صحته ، وكذلك يؤول قضاء عمر بأنه كان قدر نقصها .

المسألة السابعة عشرة : القطع على الخادم :

اختلفوا في الخادم أو العبد يسرق من مال سيده هل يقطع :

١ ــ ذهب جمهور العلماء إلى أنه لا قطع على العبد والخادم ، إلا أن مالكاً اشترط أن يكون كل منهما يلي الخدمة لسيده بنفسه .

قال في الموطأ [٨٤١/٢] : ليس على الأجير ولا على الرجل يكونان مع القوم يخدمانهم إن سرقاهم قطع ، لأن حالهما ليست بحال السارق ، وإنما حالهما حال الخائن ، وليس على الخائن قطع .

وقال في الأم [١٣٨/٦] : والعبد إذا سرق من متاع سيده ، مما أؤتمن عليه أو لم يؤتمن ، أحق أن لا يقطع ، من قبل أن ماله أخذ بعضه بعضاً .

وقال في المغني [١٣٩/٩] : وأما العبد إذا سرق من مال سيده فلا قطع عليه .

وقال في بداية المبتدي [٢٣٩/٤] : وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر ، أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيدته لم يقطع .

٢ ــ وقال أبو ثور : يقطع مطلقاً . وحكي عن داود : إلا أن يأتمنه سيده . [بداية المجتهد : ٤٤١/٢ والمغني : ١٣٤/٩] .

الأدلــة :

أ ــ عمدة الجمهور :

ما رواه مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد : أن عبد الله بن عمرو بن الحضرمي جاء بغلام له إلى عمر بن الخطاب فقال له : اقطع يد غلامي هذا ، فإنه سرق . فقال له عمر : ماذا سرق ؟ فقال : سرق مرآة لامرأتي ثمنها ستون درهماً . فقال عمر : أرسله فليس عليه قطع ، خادمكم سرق متاعكم .

قال الشافعي بعد ذكره الحديث في الأم : فبهذا كله نقول . وقال : قول عمر : خادمكم يحتمل عبدكم ، فأرى ــ والله أعلم ــ على الاحتياط أن لا يقطع

الرجل لامرأته ولا المرأة لزوجها ، ولا عبد واحد منهما سرق من متاع الآخر شيئاً ، للأثر والشبهة فيه • هـ

والشبهة هنا اختلال الحرز •

والظاهر ــ والله أعلم ــ أن مالكاً فهم من قول عمر رضي الله عنه : خادمكم ومتاعكم أن المراد : الذي يلي خدمتكم ــ ذكر ذلك الشافعي في الأم ــ فاشترط أن يلي الخدمة بنفسه حتى يدرأ عنه الحد ، فلو سرق متاع أحدهما وهو لا يلي خدمته قطع عنــده •

ومن الحجة للجمهور أيضاً ما روي عن ابن مسعود أن رجلا جاءه فقال : عبد لي سرق قباءاً لعبد لي آخر ، فقال : لا قطع مالك سرق مالك • [القباء : ثــوب يلبس فوق الثياب] •

قال ابن قدامة بعد ذكره حديث ابن الحضرمي وحديث ابن مسعود رضي الله عنهما : وهذه قضايا تشتهر ، ولم يخالفها أحد ، فتكون إجماعاً يخص عموم الآية •

ومما احتج به الحنفية أيضاً : أن الإذن بالدخول لمثل هؤلاء موجود عادة ، فاختل الحرز ، وإذا اختل الحرز فلا قطع •

٢ ــ وأما الذين قالوا بوجوب القطع عليه فحجتهم في ذلك عموم قولــه تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم » • / المائدة : ٣٨ / • [انظر في الأدلة نفس المراجع السابقة] •

المسألة الثامنة عشرة : نكاية العدو في ماله :

اتفقوا على أنه لا يجوز قتل الحيوان إلا إذا كان يستعمل للقتال عليه ، أو كان مأكولا فيذبح للأكل •

واختلفوا في : جواز قطع الشجر وتحريقه ، وإفساد الزرع ، وتخريب العامر، مما لا نفع للمسلمين في إتلافه ، ولا ضرر عليهم ، إلا نكاية العدو وغيظهم ، وإنزال الضرر بهم :

١ ـ ذهب أحمد رحمه الله تعالى إلى : أن ذلك لا يجوز لنا إلا إذا كانوا يفعلونه بنـا •

قال الخرقي [المغني : ٩/٢٩١] : ولا يقطع شجرهم ، ولا يحرق زرعهم ، إلا أن يكونوا يفعلون ذلك في بلادنا فيفعل ذلك بهم لينتهوا •

٢ ـ وذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة رحمهم الله تعالى : إلى أن ذلك جائز إلا إذا بدا لنا أننا ظاهرون عليهم بغير ذلك ، وأن هذه الأموال ستعود إلينا ، فيكره إتلافها ويندب تركها •

قال في الشرح الكبير [٢/١٨٠] : وجاز تخريب لديارهم ، وقطع نخل وحرق لزروعهم وأشجارهم إن أنكى ورجيت للمسلمين ، أو لم ينك ولم ترج •

وقال في الأم [٧/٣٢٣] : أما كل مالا روح فيه للعدو : فلا بأس أن يحرقه المسلمون ويخربوه بكل وجه •

وقال [٤/١٧٣] : كل ما كان مما يملكون لا روح له فإتلافه مباح بكل وجه ، وكل ما زعمت أنه مباح فحلال للمسلمين فعله وغير محرم عليهم تركه •

وقال : وإذا كان الأغلب عليهم أنها ستصير دار الإسلام ، أو دار عهد يجري عليهم الحكم ، اخترت لهم الكف عن أموالهم ، ليفتحوها إن شاء الله تعالى ، ولا يحرم عليهم تحريقها ولا تخريبها •

وقال في بداية المبتدي [٤/٢٨٦] : فان أبوا ذلك(١) استعانوا بالله عليهـم وحاربوهم ، ونصبوا عليهم المجانيق وحرقوهم ، وأرسلوا عيهم الماء ، وقطعـوا أشجارهم وأفسدوا زرعهم • قال ابن الهمـام : هـذا إذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك ، فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون ، وأن الفتح باد ، كره ذلك ، لأنه إفساد في غير محل الحاجة ، وما أبيح إلا لها •

---

(١) اي الإسلام أو الجزية .

الأدلـة :

١ ــ عمدة الإمام أحمد رحمه الله تعالى حديث أبي بكر رضي الله عنه ووصيته ليزيد بن أبي سفيان رضي الله عنه ، حين بعثه إلى بلاد الشام على رأس أحد الجيوش •

وجاء في هذه الوصية : وإني موصيك بعشر : لا تقتلن امرأة ولا صبياً ولا كبيراً هرماً ، ولا تقطعن شجراً مثمراً ، ولا تخربن عامراً ، ولا تعقرن شاة ولا بعيراً إلا لمأكلة ، ولا تحرقن نحلاً ولا تفرقنه ، ولا تغلل ولا تجبن[1] •[الموطأ : ٢/٤٤٧]

وجه الاستدلال بهذه الوصية ، مع ثبوت تحريقه ﷺ نخل بني النضير : أن أبا بكر رضي الله عنه : إنما قال ذلك لعلمه بنسخ ذلك الفعل منه ﷺ ، أو لأنه رأى أن ذلك كان خاصاً ببني النضير ، إذ لايجوز على أبي بكر رضي الله عنه أن يخالف النبي ﷺ مع علمه بفعله •

قال في المغني : وقد روي نحو ذلك مرفوعا إلى النبي ﷺ •

قالوا : ولأن فيه إتلافا محضا دون جلب نفع أو دفع ضرر ، فلا يجوز ، كعقر الحيوان • [المغني : ٩/٢٩١ ــ ٢٩٢ ، وانظر بداية المجتهد : ١/٣٧٣]

٢ ــ وحجة الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى : ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر رضي الله عنه قال : حرق رسول الله ﷺ نخل بني النضير وقطعه وهي البويرة ، وفيها يقول حسان بن ثابت رضي الله عنه : وهان على سراة بني لؤي حريق بالبويرة مستطير[2] • [البخاري : ٥/١١٣ ، مسلم : ٣/١٣٦٥]

واحتج الشافعي رحمه الله تعالى بالإضافة إلى الحديث السابق بأن ذلك موجود في كتاب الله تعالى • قال في الأم [٤/١٧٤] في معرض الاستدلال على ما ذهب إليه :

---

(١) تعقرن : تذبحن . لمأكلة : اي لأجل ان تؤكل . تغلل : من الغلول وهو الاخذ من الغنيمة قبل قسمتها ودون إذن الإمام .

(٢) البويرة : موضع نخل بني النضير . هان : جاء هيناً لا يبالى به .
سراة بني لؤي : سادات القوم ورؤساؤهم . مستطير : منتشر في كل ناحية.

فقلت : كتاب الله عز وجل ثم سنة نبيه ﷺ : قال الله تبارك وتعالى في بني النضير حين حاربهم رسول الله ﷺ : « هو الذي أخرج الذين كفروا من أهـل الكتاب . قرأ إلى : يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدي المؤمنين » /الحشر : ٢/ . فوصف إخرابهم منازلهم بأيديهم وإخراب المؤمنين بيوتهم ، ووصفه إياه جل ثناؤه كالرضا به .

وأمر رسول الله ﷺ بقطع نخل من ألوان نخلهم ، فأنزل الله تبارك وتعالى رضا بما صنعوا من قطع نخيلهم : « ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله وليخزي الفاسقين » /الحشر : ٥/ . فرضي القطع وأباح الترك ، فالقطع والترك موجودان في الكتاب والسنة . وذلك أن رسول الله ﷺ قطع نخل بني النضير وترك ، وقطع نخل غيرهم وترك ، وممن غزا من لم يقطع نخله .

وقال في بيان أن ذلك لم ينسخ : فإن قال قائل : ولعل النبي ﷺ حرق مال بني النضير ثم ترك ؟ قيل : على معنى ما أنزل الله عز وجل ، وقد قطع وحرق بخيبر وهي بعد النضير ، وحرق بالطائف وهي آخر غزاة قاتل بها ، وأمر أسامة بن زيد أن يحرق على أهل أبنى[1] .

وقال في توجيه أمر أبي بكر رضي الله عنه أن لا يقطع شجر ولا يخرب عامر :

فقلت : علام تعد نهي أبي بكر عن ذلك ؟ .

فقال : الله تعالى أعلم ، أما الظن : فأنه سمع النبي ﷺ يذكر فتح الشام فكان على يقين منه ، فأمر بترك تخريب العامر وقطع المثمر ليكون للمسلمين لا لأنه رآه محرما ، لأنه قد حضر مع النبي ﷺ تحريقه بالنضير وخيبر والطائف . فلعلهم[2] أنزلوه على غير ما أنزله عليه ، والحجة فيما أنزل الله عز وجل في صنيع رسول الله ﷺ . قال : وكل شيء في وصية أبي بكر سوى هذا فبه نأخذ .
[الهداية وشروحها : ٤/٢٨٦ ، الأم : ٤/١٧٤ ، مغني المحتاج : ٤/١٦٦ ، بداية المجتهد : ١/٣٧٣]

---

(١) اسم موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة .

(٢) اي الذين قالوا بعدم الجواز .

المسألة التاسعة عشرة : القدر الواجب في الجزية :

اختلف الفقهاء في القدر الواجب جزية على أهل الذمة :

١ ــ ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أن القدر الواجب أربعة دنانير على أهل الذهب ، وأربعون درهما على أهل الورق ، ومع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام .

قال في بداية المجتهد [١/٣٩١] : فرأى مالك أن القدر الواجب في ذلك هو ما فرضه عمر رضي الله عنه ، وذلك على أهل الذهب أربعة دنانير ، وعلى أهل الورق أربعون درهما ومع ذلك أرزاق المسلمين ، وضيافة ثلاثة أيام ، لا يزاد على ذلك ولا ينقص منه .

٢ ــ وذهب أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى : إلى أن الواجب اثنا عشر درهما على الفقير ، وأربعة وعشرون على الوسط ، وثمانية وأربعون على الغني ، لا يزاد على ذلك ولا ينقص منه .

قال في الهداية [٤/٣٦٨] : وجزية يبتدىء الإمام وضعها إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم ، فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما ، يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم ، وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما ، في كل شهر درهمين ، وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما ، في كل شهر درهما .

وقال الخرقي [المغني : ٩/٣٣٤] : والمأخوذ منهم الجزية على ثلاث طبقات : فيؤخذ من دونهم اثنا عشر درهما ، ومن أوسطهم أربعة وعشرون درهما ، ومن أيسرهم ثمانية وأربعون درهما .

٣ ــ وقال الشافعي رحمه الله تعالى : أقل الواجب محدود وهو دينار ، وأكثره غير محدود وإنما ذلك بحسب ما يصالحون عليه . فإذا لم يبذلوا أكثر من دينار وجب أخذه ، وإن زادوا جاز أخذه .

قال في الأم [٤/١٠١ ، ١٠٢] : فالدينار أقل ما يقبل من أهل الذمة ، وعليه

ـ إن بذلوه ـ قبوله منه عن كل واحد منهم ، وإن لم يزد ضيافة ولا شيئا يعطيه من ماله •

وقال : فإن بذل أهل الذمة أكثر من دينار بالغا ما بلغ ، كان الازدياد أحب إلي ، ولم يحرم على الإمام مما زادوه شيء •

٤ ـ وقال الثوري وأبو عبيد : ليس في ذلك قدر محدد ، وإنما ذلك مصروف إلى رأي الإمام واجتهاده • [بداية المجتهد : ٣٩١/١ ، المغني : ٣٣٤/٩]

الأدلـة :

١ ـ عمدة الأئمة الثلاثة مالك وأحمد وأبي حنيفة رحمهم الله تعالى : مذهب الصحابي ، وذلك أن ما قالوا به مروي عن عمر بن الخطاب ، رضي الله عنه ، وإنما اختلفوا في ذلك بسبب اختلاف الرواية عنه ، رضي الله عنه ، فأخذ كل منهم بما ثبت عنده أو رجح لديه •

فمالك رحمه الله تعالى أخذ بما رواه في الموطأ [٢٧٩/١] عن نافع عن أسلم مولى عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أن عمر بن الخطاب ضرب الجزية على أهل الذهب أربعة دنانير ، وعلى أهل الورق أربعين درهما ، مع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام • هـ

وأبو حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى أخذا بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع الجزية على رؤوس الرجال : على الغني ثمانية وأربعين درهما ، وعلى الوسط أربعة وعشرين ، وعلى الفقير اثني عشر • (رواه ابن أبي شيبة ، وروى مثله ابن زنجويه في كتاب الأموال وابن سعد في الطبقات) •

قالوا : وهو حديث لا شك في صحته وشهرته بين الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكره منكر ، وعمل به الخلفاء من بعد عمر ، فقد روي أن عثمان وعليا رضي الله عنهم عملوا بذلك ، فصار إجماعا لا يجوز الخطأ عليه •

ولعل هذا هو المرجح له عندهم ، وخاصة عند الحنفية الذين يشترطون الاشتهار في قول الصحابي الذي يكون مما يدرك بالرأي ، حتى يكون حجة ، مع ما ذكروه من المعنى الذي يقتضي التفاوت في الجزية • فلقد ذكر ابن الهمام في

الفتح : أن الجزية وجبت خلفا عن نصرة مقاتلة أهل الدار لو كانـوا مسلمين ، والنصرة تكون بالنفس والمال ، وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته ، وإذا كـان الأصل يتفاوت وجب أن يتفاوت ما كان خلفا عنه .

وذكر ابن قدامة في المغني : أن الجزية وجبت صَغَارا أو عقوبة ، فتختلف باختلاف أحوالهم ، كالعقوبة في البـدن ، منهم من يقتل ومنهم مـن يسترق . [الهداية وشروحها : ٤/٣٦٨ ــ ٣٦٩ ، المغني : ٩/٣٣٤ ــ ٣٣٥]

٢ ــ وحجة الشافعي رحمه الله تعالى الكتاب والسنة وعمل الصحابي ، وذلك أن الجزية جاءت في القرآن مجملة تحتمل القليل والكثير ، ثم جاءت السنة مبينة لهذا الإجمال ، ودل هذا البيان على أن أقل ما يؤخذ دينار حيث إنه لم يرد أنه أخذ أقل من ذلك ، بينما لم يرد شيء محدد في غاية ما يؤخذ منهم ، وإنما ثبت أنه وضع عليهم ضيافة وهي زيادة ، وجاء عمل الصحابة رضي الله عنهم يوضح هذا ، حيث : وضع عمر رضي الله عنه على قوم ضيافة ثلاثة أيام ، وعلى قوم ضيافة يوم وليلة ، ولم يجعل على آخرين ضيافة .

جاء في الأم [٤/١٠١ ــ ١٠٣] : قال الله تبارك وتعالى : « حتى يعطوا الجزية عن يد » /التوبة : ٢٩/ . وكان معقولا أن الجزية شيء يؤخذ في أوقات ، وكانت الجزية محتملة للقليل والكثير ، وكان رسول الله ﷺ المبين عن الله عز وجل معنى ما أراد ، فأخذ رسول الله ﷺ جزية أهل اليمن دينارا في كل سنة أو قيمته مـن المعافري[1] ، وكذلك روي أنه أخذ من أهل أيلة[2] ومن نصارى مكة دينارا عن كل إنسان . وأخذ الجزية من أهل نجران فيها كسوة ، ولا أدري ما غاية ما أخذ منهم . وقد سمعت بعض أهل العلم من المسلمين ومن أهل الذمة من أهل نجران يذكر : أن قيمة ما أخذ من كل واحد أكثر من دينار . وأخذ من أكيدر ومن مجوس البحرين : لا أدري كم غاية ما أخذ منهم . ولم أعلم أحدا قط حكي عنه أنه أخـذ من أحد أقل من دينار .

---

(١) ثياب من اليمن منسوبة إلى معافر ، وهو اسم قبيلة أو مكان تنسج فيه .

(٢) اسم موضع بين مصر والشام ، والمشهور الآن بأيلات .

وقال أيضا : فإذا دعا من يجوز أن تؤخذ منه الجزية إلى الجزية على ما يجوز ، وبذل دينارا عن نفسه كل سنة ، لم يجز للإمام إلا قبوله منه ، وإن زاده على دينار ـ ما بلغت الزيادة قلت أو كثرت ـ جاز للإمام أخذها منه ، لأن اشتراط النبي ﷺ على نصارى أيلة في كل سنة دينارا على كل واحد ، والضيافة زيادة على الدينار .

وقال : وقد صالح عمر أهل الشام على أربعة دنانير وضيافة .

ثم ذكر حديث أسلم وحديث عثمان بن حنيف السابقين ، وحديث حارثة بن مضر : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض على أهل السواد ضيافة يوم وليلة ، فمن حبسه مرض أو مطر أنفق من ماله .

ثم قال : وحديث أسلم ضيافة ثلاثة أيام أشبه ، لأن رسول الله ﷺ جعل الضيافة ثلاثا ، وقد يكون جعلها على قوم ثلاثا وعلى قوم يوما وليلة ، ولم يجعل على آخرين ضيافة ، كما يختلف صلحه لهم ، فلا يرد بعض الحديث بعضا . هـ

هذا ونجد الشافعي رحمه الله تعالى هنا يأخذ بقول الصحابي ويهتدي به في استنباط الحكم ، حيث لم يجد كتابا ولا سنة ولا إجماعا ، وكان قول الصحابي أصح في القياس .

٣ ـ وأما الذين قالوا لا تحديد في ذلك ، وإنما هو متروك إلى رأي الإمام ، فعمدتهم بذلك : أن هذه الأحاديث تحمل على التخيير ، إذ ليس في توقيت ذلك حديث عن النبي ﷺ متفق على صحته ، وإنما ورد الكتاب في ذلك عاما ، واختلاف الأحاديث يدل على أنها إلى رأي الإمام ، ولولا ذلك لكانت على قدر واحد في جميع هذه المواضع ، ولم يجز أن تختلف .

قال البخاري [٤/١١٧] : قال ابن عيينة عن ابن أبي نجيح : قلت لمجاهد : ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير ، وأهل اليمن عليهم دينار ؟ قال : جعل ذلك من أجل اليسار . [المغني : ٩/٣٣٤ ، بداية المجتهد : ١/٣٩١]

* * *

الباب السادس
في
إجماع أهل المدينة وأثره

ويحتوي على فصلين

الفصل الأول : إجماع أهل المدينة

الفصل الثاني : أثر الاحتجاج بإجماع أهل المدينة

الفصل الأول

في

إجماع أهل المدينة

وفيه

— المراد بإجماع أهل المدينة ، وتحرير محل الخلاف

— آراء العلماء في حجية إجماع أهل المدينة ، وأدلتهم

المراد بإجماع اهل المدينة وتحرير محل الخلاف :

الإجماع في اللغة يطلق بإطلاقين :

أحدهما : العزم والتصميم على الشيء ، ومنه قوله تعالى : « فأجمعوا أمركم » /يونس : ٧١/ • أي : اعزموا عليه ، وقوله عليه الصلاة والسلام : (لاصيام لمن لم يجمع الصيام قبل الفجر) [الدار قطني : ١٧٣/٢] أي : يعزم عليه •

ثانيهما : الاتفاق ، يقال : أجمع القوم على كذا ، إذا اتفقوا عليه •

واما في اصطلاح الأصوليين :

فهو : اتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ بعد وفاته ، في عصر من الأعصار على حكم في واقعة من الوقائع •

فالاتفاق : هو الاشتراك في قول أو فعل أو اعتقاد •

ومجتهدو أمة محمد ﷺ : هم أهل الحل والعقد والفقه ، فلا عبرة باتفاق العوام ، ولا بخلافهم ، كما لا عبرة باتفاق الأمم السابقة •

ويشير التعريف إلى أن الاتفاق الحاصل في زمنه ﷺ : لا يسمى إجماعا •

والإجماع بهذا المعنى إذا وقع مستوفيا شروطه ، ونقل إلينا ، وعلمنا به ، كان حجة لدى الجمهور ، والمصدر الثالث من مصادر التشريع •

ولقد وصف الآمدي الجمهور القائلين إن الإجماع حجة : بأنهم أهل الحق • هذا على خلاف بينهم في بعض القيود والشروط[1] •

---

(١) الإحكام للآمدي : ٢٨١/١ ، ٢٨٦ (طبع مطبعة المعارف سنة ١٣٣٢ هـ) ، اصول الفقه /محمد ابو النور زهير : ١٧٨/٣ • وانظر المصباح (مادة : جمع) •

إجماع أهل المدينة :

وبناء على تعريف الإجماع يكون إجماع أهل المدينة هو : اتفاق مجتهدي المدينة في عصر من العصور على أمر من الأمور .

وهل المراد لدى الأصوليين ــ عند بحثهم في إجماع أهل المدينة ــ هذا المعنى على إطلاقه ؟ الظاهر أن هذا ليس مرادا ، وإنما المراد بالبحث إنما هو إجماع من كان فيها من المجتهدين في القرون الثلاثة التي جاءت الآثار بالثناء عليهم (١) ، وهم الصحابة والتابعون وتابعو التابعين .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : والكلام إنما هو في إجماعهم في تلك الأعصار المفضلة ، وأما بعد ذلك فقد اتفق الناس على أن إجماع أهلها ليس بحجة ، إذ كان حينئذ في غيرها من العلماء ما لم يكن فيها (٢) .

وإجماع أهل المدينة هذا على قسمين لدى العلماء :

١ ــ القسم الأول : كل ما كان طريقه النقل والحكاية عن النبي ﷺ ، سواء كان نقلا لقوله : كالأذان والإقامة وغيرها ، أم لفعله : كصفة صلاته وعدد ركعاتها وسجداتها وأشباه ذلك ، أم نقلا لإقراره عليه الصلاة والسلام لما شاهده منهم ولم ينقل عنه إنكاره ، أم نقلا لتركه أمورا شاهدها منهم ، وأحكاما لم يلزمهم إياها ، مع شهرتها لديهم وظهورها فيهم ، كتركه أخذ الزكاة من الخضراوات مع علمه ﷺ بكونها كثيرة عندهم .

فهذا النوع من إجماعهم في هذه الوجوه اتفقت أكثر النقول أو جميعها على أنه حجة يلزم المصير إليه ، ويترك ما خالفه من قياس أو خبر واحد ، لأنه نقل متواتر ، أو على الأقل مشهور مستفيض ، فهو موجب للعلم القطعي ، فلا يترك لما

---

(١) انظر هذه الآثار في صحيح البخاري : ٢/٥ ، وسنن ابي داود : ٥١٨/٢ وغيرهما من كتب السنن .

(٢) صحة اصول مذهب اهل المدينة : ٢٠ ، وانظر الآيات البينات : ٢٩٢/٢ ــ ٢٩٣ .

توجبه غلبة الظن ، فلا يجوز لمنصف أن ينكر حجة مثل هذا • وإن وجد خلاف في فرع فقهي من هذا النوع فليس لعدم اعتبار حجيته ، بل لدليل آخر لدى المخالف•

يقول ابن القيم في هذا [إعلام الموقعين : ٢/٣٧٢] : فهذا النقل وهذا العمل حجة يجب اتباعها ، وسنة متلقاة بالقبول على الرأس والعينين ، وإذا ظفر العالم بذلك قرت به عينه ، واطمأنت إليه نفسه • هـ

٢ ـ القسم الثاني : هو ما كان طريقه الاستدلال والاجتهاد والاستنباط •

وهذا النوع هو محل النزاع والخلاف في كونه حجة ملزمه يجب المصير إليها ، أم أنه ليس بحجة ؟ •

على أنه قد اختلف النقل عن القائلين بحجية إجماع أهل المدينة : هل المراد عندهم ما يشمل النوعين معا ، أو أن المراد النوع الأول ؟ والصحيح أن المراد عندهم ما يشمل النوعين معا •

وكذلك هل المراد من حجية النوع الثاني أن إجماعهم أولى ولا تمتنع مخالفته، بل يرجح به اجتهادهم على اجتهاد غيرهم ، أو المراد أن إجماعهم حجة يجب الأخذ به ولا تجوز مخالفته ؟ والصحيح الراجح الذي تدل عليه عباراتهم : أنه إذا أجمع أهل المدينة على أمر لم يجز لأحد أن يقول بخلافه ، والعمل عندهم في هذا كالإجماع •

وعلى هذا يبقى الخلاف قائما ، ويكون محل النزاع : هو النوع الثاني من إجماع أهل المدينة وهو : ما كان طريقه الاجتهاد والاستدلال والاستنباط • قال ابن القيم [إعلام الموقعين : ٢/٣٧٣] : وأما العمل الذي طريقه الاجتهاد والاستدلال فهو معترك النزال ومحل الجدال • [انظر شرح تنقيح الفصول : ١٤٥ ، مالك ٣٣٢]

على أننا سنرى أن فروعا كثيرة ظاهرها أنها من النوع الأول ، ومع ذلك وجد اختلاف فيها : إما لتعارض الأدلة ، وإما لأن إجماع أهل المدينة لم يثبت لدى المخالف فيها •

آراء العلماء في حجية إجماع أهل المدينة وأدلتهم :

مذاهب العلماء :

١ ــ ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : أن إجماع أهل المدينة حجة ملزمة لغيرهم .

قال ابن الحاجب : إجماع المدينة من الصحابة والتابعين حجة عند مالك . هـ وابن الحاجب ممن رجح هذا القول ، واحتج له في مختصره .

٢ ــ وذهب الجمهور من الأصوليين والفقهاء رحمهم الله تعالى إلى أنه ليس بحجة .

قال الآمدي في الإحكام : اتفق الأكثرون على أن إجماع أهل المدينة وحدهم لا يكون حجة على من خالفهم ، في حالة انعقاد إجماعهم ، خلافا لمالك . ثم قال : والمختار مذهب الأكثرين[1] .

الأدلــة :

١ ــ حجة مالك رحمه الله تعالى ومن تبعه :

جاء في رسالته إلى الليث بن سعد رحمه الله تعالى :

إليها (أي المدينة) كانت الهجرة ، وبها تنزل القرآن ، وأحل الحلال وحرم الحرام ، إذ رسول الله بين أظهرهم ، يحضرون الوحي والتنزيل ، ويأمرهم فيطيعونه ويسن لهم فيتبعونه ، حتى توفاه الله واختار له ما عنده ، صلوات الله عليه ورحمته وبركاته . ثم قام من بعده الناس من أمته ، ممن ولي الأمر مــن بعده ، بما نزل بهم ، فما علموا أنفذوه ، وما لم يكن عندهم به علم سألوا عنه ، ثم أخذوا بأقوى ما وجدوا ذلك في اجتهادهم وحداثة عهدهم ، وإن خالفهم مخالف ، أو قال امرؤ

---

(١) العضد على ابن الحاجب : ٢/٣٥ ، الإحكام : ١/٢٢٠ ، وانظر المستصفى : ١/١١٨ ، إعلام الموقعين : ٢/٣٧٣ وما بعدها ، شرح تنقيح الفصول : ١٤٥ ، والمحلى على جمع الجوامع بحاشية العبادي : ٢/٢٩٢ ، مالك : ٣٢٨ .

غيره أقوى منه وأولى ترك قوله وعمل بغيره ، ثم كان التابعون من بعدهم يسلكون تلك السبيل ، ويتبعون تلك السنن • [ترتيب المدارك : ١/٣٦ ـ ٣٧]

وتتلخص حجة مالك رحمه الله تعالى من كلامه فيما يلي :

١ ـ أن القرآن المشتمل على الشرائع وفقه الإسلام نزل في المدينة ، وأهلها هم أول من وجه إليهم التكليف ، ومن خوطبوا بالأمر والنهي ، وأجابوا داعي الله فيما أمر ، وأقاموا عمود الدين ، ثم قام فيهم من بعد النبي ﷺ أكثر الناس اتباعاً له من أمته : أبو بكر ثم عمر ثم عثمان ، فنفذوا سننه بعد تحريها والبحث عنها مع حداثة العهد •

ثم كان التابعون من بعدهم يسلكون تلك السبيل ، ويتبعون تلك السنن ، فالمدينة لهذا قد ورثت علم السنة ، وفقه الإسلام في عهد التابعين ، وهو العهد الذي رآها مالك ، فإذا كان الأمر بها ظاهراً معمولاً به لم يجز لأحد خلافه ، للوراثة التي آلت إليهم ،ولا يجوز لأحد انتحالها لبلده ، ولا ادعاؤها له •

٢ ـ أن المدينة دار هجرة النبي عليه الصلاة والسلام ، وموضع قبره ومهبط الوحي ، ومجمع الصحابة ، ومستقر الإسلام ، ومتبوء الإيمان ، وفيها ظهر العلم ومنها صدر ، كيف وأن أهلها شاهدوا التنزيل وسمعوا التأويل ، وكانوا أعرف بأحوال الرسول عليه الصلاة والسلام من غيرهم ، فوجب أن لايخرج الحق عن قولهم •

[كشف الأسرار : ٣/٢٤١،الإحكام:١/٢٢١ ، مالك : ٣٣١ ، أثر الاختلاف : ٣٧٢]

هذا ولقد ذكر المالكية أدلة أخرى يؤيدون ما ذهب إليه إمامهم وما تابعوه عليه من أن إجماع أهل المدينة حجة ، فبالإضافة إلى ما سبق :

١ ـ ذكروا احاديث :

منها : قوله عليه الصلاة والسلام : (إن المدينة طيبة تنفي خبثها كما ينفي الكير خبث الحديد) • [البخاري : ٩/٩٨ ، مسلم : ٢/١٠٠٦]

قالوا : إن الحديث دل على انتفاء الخبث عن المدينة ، والخطأ من الخبث : فكان منفياً عن أهلها ، لأنه لو كان في أهلها لكان فيها ، وإذا انتفى عنهم الخطأ كان إجماعهم حجة وكانت متابعتهم واجبة •

ومنها : قوله عليه الصلاة والسلام : (إن الإسلام ليأرز [1] إلى المدينة كما تأرز الحية إلى جحرها) • [البخاري : ٣/٢٧ ، مسلم : ١/١٣١]

ومنها : قوله عليه الصلاة والسلام : (لا يكايد أحد أهل المدينة إلا انماع [2] كما ينماع الملح في الماء) • [البخاري : ٣/٢٧ ، مسلم : ٢/١٠٠٨]

إلى غير ذلك من الأخبار التي تدل على زيادة خطرها وكثرة شرفها •

٢ ـ قالوا : إن رواية أهل المدينة تقدم على رواية غيرهم اتفاقاً ، فكذا عملهم وعقيدتهم ورأيهم يقدم على ما لغيرهم ، ويكون إجماعهم حجة على غيرهم •

على أن ابن الحاجب يرد هـذين الدليلين ويرى أنه لاحجة فيهما ، لأن الأحاديث تدل على الفضل فحسب ، وكذلك : الرواية غير الاجتهاد والرأي •

٣ ـ والمعنى الذي استدل به ابن الحاجب على حجية إجماع أهل المدينة هو :

أن علماء المدينة كانوا موجودين فيها ، قلما يخرجون منها أو يغيبون عنها ، فهم دائماً يجتمعون ويتشاورون ويتناظرون ، فيبعد أن لايطلع أحد منهم على دليل المخالف ، لاسيما إذا كان راجحاً • وهم أيضاً أعرف الناس بوجوه الأدلة من قول الرسول ﷺ وفعله وفعل أصحابه في زمانه ووجوه الترجيح ، لأنهم كانوا في مهبط الوحي ، وإذا كان الأمر كذلك فالعادة تقضي بعدم إجماع هذا العدد الكثير من العلماء المحصورين الأحقين بالاجتهاد إلا عن دليل راجح ، وإذا كان اجتماعهم عن دليل راجح وجب كونه حجة •

---

(١) يأرز : ينضم إليها ويجتمع بعضه إلى بعض فيها .

(٢) انماع : سال وذاب .

٤ ـ إن أحكام الشريعة كانت تتجدد شيئاً بعد شيء ، وكان ينسخ بعض أحكامها بعضاً ، والمرجوع إليه آخر حاليه صلوات الله وسلامه عليه ، والصحابة رضي الله عنهم لم يكونوا بحالة واحدة ، بل منهم من كان ملازماً للنبي ﷺ ، ومنهم من يذهب ويعود ، ومنهم من يذهب ولا يعود ، فكان بعضهم إذا عاد وذكر حكماً قيل له : إنك لاتدري ماذا حدث بعدك ، وقد تفرق أصحاب النبي ﷺ في البلاد ، وبقي في المدينة عدد منهم لم يجتمع مثله في بلدة غيرها ، وكان من هؤلاء الأئمة الأعلام ، وأزواج النبي ﷺ ، وغير هؤلاء ممن عليهم مدار الإسلام ، وهم العالمون بآخر الأمرين ، لأنهم الملازمون إلى الوفاة ، وغيرهم ـ وإن كان عنده علم صحيح سمعه من فم النبي ﷺ ـ لكنه ربما لو ذكره لهؤلاء لقيل له : لا تدري ماذا أحدث بعدك ، والتابعون من بعدهم لايخرجون عن هديهم ، وقد كان في المدينة من التابعين ما ليس في غيرها . ولذلك كله كان اتفاق أهلها حجة [١] .

حجة الجمهور غير المالكية :

إن إجماع أهل المدينة ليس إجماعاً بالمعنى الذي سبق تعريفه به ، لأنهم بعض المجتهدين ، والإجماع اتفاق كل المجتهدين الموجودين في عصر واحد ، والأدلة إنما أثبتت عصمة الكل عن الخطأ ، ولم تثبت عصمة البعض عنه ، فكان قول الكل هو الحجة . قال الغزالي رحمه الله تعالى : فإن أراد مالك أن المدينة هي الجامعة لهم ـ يعني أهل الحل والعقد ـ فمسلم له ذلك لو جمعت ، وعند ذلك لايكون للمكان فيه تأثير ، وليس بمسلم ، بل لم تجمع المدينة جميع العلماء ، لاقبل الهجرة ولابعدها بل ما زالوا متفرقين في الأسفار والغزوات والأمصار .

فلا وجه لكلام مالك إلا أن يقول : عمل أهل المدينة حجة ، لأنهم الأكثرون ، والعبرة بقول الأكثرين ، وقد أفسدناه [٢] .

---

(١) العضد : ٣٥/٢ ـ ٣٦ ، الإحكام : ٢٢١/١ ، الأسنوي : ٢٩٠/٢ ، كشف الأسرار : ٢٤١/٣ ، فتاوى الشيخ عليش : ٥٢/١

(٢) هذه مسألة أخرى بينها في المستصفى قبل هذه المسألة : ١١٧/١ ـ ١١٨

أو يقول : يدل اتفاقهم في قول أو عمل أنهم استندوا إلى سماع قاطع ، فإن الوحي الناسخ نزل فيهم ، فلا تشذ عنهم مدارك الشريعة .

قال : وهذا تحكم ، إذ لا يستحيل أن يسمع غيرهم حديثاً من رسول الله ﷺ في سفر ، أو في المدينة ، لكن يخرج منها قبل نقله ، فالحجة في الإجماع ولا إجماع .

قال : وربما احتجوا بثناء رسول الله ﷺ على المدينة وأهلها .

قال : وذلك يدل على فضيلتهم ، وكثرة ثوابهم لسكناهم المدينة ، ولا يدل على تخصيص الإجماع بهم [1] .

تحقيق ابن تيمية رحمه الله تعالى لمسألة إجماع أهل المدينة :

يرى ابن تيمية أن إجماع أهل المدينة على أربعة أقسام :

القسم الأول : هو ما يجري مجرى النقل عن النبي ﷺ ، مثل نقلهم لمقدار الصاع والمد ، وتركه ﷺ أخذ الزكاة من الخضراوات وغير ذلك . وذكر أن هذا النوع حجة باتفاق العلماء ، قال : أما الشافعي وأحمد وأصحابهما فهذا حجة عندهم بلا نزاع ، كما هو حجة عند مالك ، وذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه . ونقل عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه : لما سأل مالكاً عن هذه المسائل وأجابه عنها رجع إلى قوله وقال : لو رأى صاحبي مثل ما رأيت لرجع مثل ما رجعت . ثم أتى بأمثلة من فقه الأئمة على ذلك .

القسم الثاني : العمل القديم بالمدينة قبل مقتل عثمان بن عفان رضي الله عنه . قال رحمه الله تعالى : فهذا حجة في مذهب مالك ، وهو المنصوص عن الشافعي ، قال في رواية يونس بن عبد الأعلى : إذا رأيت قدماء أهل المدينة على شيء فلا

---

(١) المستصفى : ١/١١٨ – ١١٩ ، وانظر الآيات البينات : ٢/٢٩٢ ، الإحكام : ١/٢٢٠ ، اصول الفقه (محمد ابو النور زهير) : ٣/١٩٢ . وانظر ايضاً : صحة اصول مذهب أهل المدينة : ١١٦ – ١٢٦

تتوقف في قلبك ريباً أنه الحق ، وكذا ظاهر مذهب أحمد : أن ما سنه الخلفاء الراشدون فهو حجة يجب اتباعها ، وقال أحمد : كل بيعة كانت في المدينة فهي خلافة نبوة ، ومعلوم أن بيعة أبي بكر وعمر وعثمان كانت بالمدينة ، وكذلك بيعة علي كانت بالمدينة ثم خرج منها ، وبعد ذلك لم يعقد بالمدينة بيعة . ثم قال : فالمحكي عن أبي حنيفة يقتضي أن قول الخلفاء الراشدين حجة ، وما يعلم بأهل المدينة عمل قديم على عهد الخلفاء الراشدين مخالف لسنة الرسول ﷺ .

القسم الثالث : إذا تعارض في المسألة دليلان كحديثين وقياسين ، جهل أيهما أرجح ، وأحدهما يعمل به أهل المدينة . قال : ففيه نزاع . وذكر أن مالكاً والشافعي [1] رحمهما الله تعالى يرجحان بعمل أهل المدينة ، ورجح أن هذا مذهب أحمد . وذكر أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى لايرجح به .

القسم الرابع : وهو العمل المتأخر في المدينة ، وذكر أن مذهب الشافعي وأحمد وأبي حنيفة ــ وهو قول المحققين من أصحاب مالك ــ أنه ليس بحجة شرعية .

ويرى ابن تيمية أن هذا هو رأي مالك رحمه الله تعالى ، ويستبعد أن يكون مالك يرى هذا النوع من العمل حجة يلزم الناس اتباعهم فيه . قال رحمه الله تعالى: ولم أر في كلام مالك ما يوجب جعل هذا حجة ، وهو في الموطأ إنما يذكر الأصل المجمع عليه عندهم ، فهو يحكي مذهبهم ، وتارة يقول : الذي لم يزل عليه أهل العلم ، يشير إلى الإجماع القديم ، وتارة لايذكر .اهـ. واستدل على هذا بأن مالكاً رحمه الله تعالى قد عرض عليه أن يحمل الناس على موطئه فامتنع من ذلك وقال : إن أصحاب رسول الله ﷺ تفرقوا في الأمصار ، وإنما جمعت علم أهل بلدي . فلو كان مالك يرى أن عمل أهل المدينة المتأخر حجة يلزم الأمة اتباعها لوجب عليه أن

---

(١) كلام الشافعي يشير إلى انه لايسلم حصول العمل المجمع عليه لدى علماء المدينة فكيف يرجح به ؟ ولم أجد مسألة مما اطلعت عليه يرجح القول بها بعمل أهل المدينة .

يلزم الناس بذلك حد الإمكان ، كما يلزم اتباع الحديث والسنة الثابتة والإجماع ، ولما جاز له ترك المطالبة بذلك فضلاً عن رفضه .
[صحة أصول مذهب أهل المدينة : ٢٣ ــ ٢٧]

مناقشة رأي ابن تيمية في محل الخلاف :

أقول : وهذا الذي رآه ابن تيمية رحمه الله تعالى ، يتعارض مع ظاهر ما نقل من كلام مالك رحمه الله تعالى في رسالته إلى الليث بن سعد ، فإن ظاهر كلامه يشير إلى أنه يعتبر عمل أهل المدينة في الفقه حجة على غيرهم ، وأن غيرهم تبع لهم في هذا ، وليس في كلامه ما يشير إلى أنه يريد العمل القديم . قال : رحمه الله تعالى في رسالتــه :

واعلم رحمك الله أنه بلغني أنك تفتي الناس بأشياء مختلفة ، مخالفة لما عليه جماعة الناس عندنا ، وبلدنا الذي نحن فيه ، وأنت في أمانتك وفضلك ومنزلتك من أهل بلدك وحاجة من قبلك إليك ، واعتمادهم على ماجاء منك ، حقيق بأن تخاف على نفسك وأن تتبع ما ترجوا النجــاة باتباعه ، فإن الله تعالى يقول في كتــابه : « والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار » / التوبة : ١٠٠ / . وقال تعالى : « فبشر عباد . الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » / الزمر : ١٧ ــ ١٨ / . فإنما الناس تبع لأهل المدينة .

وجاء فيها أيضاً بعد سرده الأدلة على مسلكه :

فإذا كان الأمر بالمدينة ظــاهراً معمولاً بــه لم أر لأحــد خلافه ، للذي بين أيديهم من تلك الوراثة التي لايجوز انتحالها ولا ادعاؤها ، ولو ذهب أهل الأمصار يقولون : هذا العمل ببلدنا ، وهذا الذي مضى عليه من مضى منا ، لم يكونوا فيه من ذلك على ثقة ، ولم يكن لهم من ذلك الذي جاز لهم . اهـ .
[ترتيب المدارك : ١/٣٦ ــ ٣٧]

فإذا أردنا أن نوفق بين هذا الكلام وبين ما رآه ابن تيمية كان علينا أن نحمل كلام مالك رحمه الله تعالى على العمل القديم ، أو أن مراده في ذلــك : أنه الطريق الأسلم واتباع الأفضل والأخذ بما هو أرجح .

على أن جمهور الأصوليين والفقهاء ــ قديماً وحديثاً ــ فهموا من كلامه هذا أنه يصرح بحجية عمل أهل المدينة وإجماعهم ، ويرى أنه ليس لأحد أن يخالفهم فيما أجمعوا عليه أو جرى التعامل به عندهم ، وأن المراد بهذا الإجماع وذلك العمل هو مالقي مالك رحمه الله تعالى أهل المدينة عليه وما كان قبله ، لا العمل القديم وحده . [مالك : ٣٢٨ ، أثر الاختلاف : ٣٧١ ــ ٣٧٢]

راي الإمام الشافعي رحمه الله تعالى :

يرد الشافعي قول من يرى إجماع أهل المدينة حجة من ناحيتين :

ــ أن الأمر المجتمع عليه عنده ليس هو اجتماع بلد ، بل اجتماع العلماء في كل البلاد .

ــ إنكار ذلك الإجماع الذي يدعيه مالك وأصحابه ، فإن كثيراً من المسائل التي ادعي فيها إجماع أهل المدينة كان من أهل المدينة من يرى خلافها .

وهذه بعض عباراته التي تبين رأيه ومنهاجه في رد ذلك النوع من الاحتجاج :

١ــ جاء في الرسالة [٥٣٤] : ولست أقول ولا أحد من أهل العلم : هذا مجتمع عليه إلا لما لا تلقى عالماً أبداً إلا قاله لك وحكاه عمن قبله ، كالظهر رأبع ، وكتحريم الخرم وما أشبه ذلك . قال : وقد أجده يقول : المجمع عليه ، وأجد من المدينة من أهل العلم كثيراً يقولون بخلافه ، وأجد عامة أهل البلدان على خلاف ما يقول المجمع عليه .

وجاء في الأم [٧/٢٤٨] : قلت للشافعي : فقد فهمت ماذكرت ، وما كنت أذهب في العلم إلا إلى قول أهل المدينة . فقال الشافعي : ما علمت أحداً انتحل قول أهل العلم من أهل المدينة أشد خلافاً لأهل المدينة منكم ، ولو شئت أن أعد عليكم ما أملأ به ورقاً كثيراً مما خالفتم فيه كثيراً من أهل المدينة عددتها عليكم ، وفيما ذكرت لك مادلك على ما وراءه إن شاء الله .

فقلت للشافعي : إن لنا كتاباً قد صرنا إلى اتباعه ، وفيه ذكر أن الناس اجتمعوا ، وفيه : الأمر المجتمع عليه عندنا ، وفيه : الأمر عندنا ؟

قال الشافعي : فقد أوضحنا لكم مايدلكم على أن ادعاء الإجماع بالمدينة وفي غيرها لايجوز ، وفي القول الذي ادعيتم فيه الإجماع اختلاف ، وأكثر ماقلتم الأمر المجتمع عليه ، مختلف فيه .

٢ ــ وفي معرض الرد على حجية إجماع أهل المدينة وتقديمه على خبر الواحد قال في الأم [٢٤٢/٧] : فقلت للشافعي : إنما ذهبنا إلى أن تثبت ما اجتمع عليه أهل المدينة دون البلدان كلها . فقال الشافعي : هذه طريق الذين أبطلوا الأحاديث كلها ، وقالوا نأخذ بالإجماع ، إلا أنهم ادعوا إجماع الناس وادعيتم أنتم إجماع بلد ، هم يختلفون على لسانكم ، والذي يدخل عليهم يدخل عليك معهم ، للصمت كان أولى بكم من هذا القول . قلت : ولم ؟..

قال : لأنه كلام ترسلونه لا بمعرفة ، فإذا سئلتم عنه لم تقفوا منه على شيء ينبغي لأحد أن يقبله . أرأيتم إذا سئلتم : من الذين اجتمعوا بالمدينة ؟ أهم الذين ثبت لهم الحديث ، وثبت لهم ما اجتمعوا عليه ، وإن لم يكن فيه حديث من أصحاب رسول الله ﷺ ؟ فإن قلتم : نعم ، قلت : يدخل عليكم في هذا أمران :

أحدهما : أنه لو كان لهم إجماع لم تكونوا وصلتم إلى الخبر عنهم إلا من جهة خبر الانفراد الذي رددتم مثله في الخبر عن رسول الله ، فإن ثبت خبر الانفراد فما ثبت عن النبي ﷺ أحق أن يؤخذ به .

والآخر : أنكم لاتحفظون في قول واحد غيركم شيئاً متفقاً ، فكيف تسمون إجماعاً لاتجدون فيه عن غيركم قولاً واحداً ؟ وكيف تقولون أجمع أصحاب رسول الله ﷺ وهم مختلفون على لسانكم ، وعند أهل العلم ؟ . اهـ .

ونجد من هـذا النص : أن الشافعي رحمه الله تعالى يقرر أن ادعاء الإجماع لايكون إلا إذا علم الاتفاق من الجميع ، ثم هو يثبت أن الخلاف قائم بين علماء المدينة فيما ادعي فيه الإجماع ،بل إنه يشدد النكير على أصحاب مالك الذين يجادلونه، ويبين لهم في كل قضية استمسكوا فيها بإجماعهم : أن أهل المدينة مختلفون فيذلك، بل إنه ليبالغ بالقول حتى يثبت أنهم أكثر الناس مخالفة لأهل المدينة ، فنجده يقول

في الأم [١٩٣/٧] بعد مناقشة حول القراءة في الركعتين الأخيرتين من الصلاة ، وفي صلاة السفر :

وإنه لا خلق أشد خلافاً لأهل المدينة منكم ، ثم خلافكم ما رويتم عن رسول الله ﷺ الذي فرض الله طاعته ، وما رويتم عن الأئمة الذين لاتجدون مثلهم • ثم يقول : فلو قال لكم قائل : أنتم أشد الناس معاندة لأهل المدينة وجد السبيل إلى أن يقول ذلك لكم على لسانكم ، لاتقدرون على دفعه عنكم ، ثم الحجة عنكم في خلافكم أعظم منها على غيركم ، لأنكم ادعيتم القيام بعلمهم واتباعهم دون غيركم ، ثم خالفتموهم بأكثر مما خالفهم به من لم يدع من اتباعهم ما ادعيتم • فلئن كان هذا قد خفي عليكم من أنفسكم إن فيكم لغفلة ما يجوز لكم معها أن تفتوا خلقاً ، والله المستعان • اهـ •

٣ ــ هذا ، ويقرر الشافعي رحمه الله : أن علماء المدينة إذا اجتمعوا على أمر كان ذلك الأمر موضع اتفاق العلماء في كل البلدان ، وأنه لايوجد ذلك الاجتماع في المدينة إلا وجد في جميع البلدان ، ولذلك يقول في كتابه خلاف مالك [الأم : ١٨٨/٧] :

لا يقال إجماع إلا لما لاخلاف فيه بالمدينة ، قلت : هذا الصدق المحض فلا تفارقه ، ولا تدعوا الإجماع إلا فيما لايوجد بالمدينة فيه اختلاف ، وهو لايوجد بالمدينة إلا وجد بجميع البلدان عند أهل العلم متفقين فيه ، لم يخالف أهل البلدان أهل المدينة إلا ما اختلف فيه أهل المدينة بينهم • [انظر الشافعي : ٢٦٠ ــ ٢٦٢]

وختاماً للبحث : فالذي يبدو لي ــ والله أعلم ــ أن مراد مالك رحمه الله تعالى بإجماع أهل المدينة وعملهم هو ما يشمل العمل القديم قبل الفتنة ، وما يشمل العمل المتأخر بعدها طيلة القرون الثلاثة التي ثبت الثناء عليها من رسول الله ﷺ • يدل على هذا كلامه في رسالته إلى الليث بن سعد رحمه الله تعالى ، وهو كلام في ظاهره صريح على ما قلت ، وليس هناك من القرائن ما يصرفه عن هذا الظاهر •

ويؤكد هذا ما نقلته من رأي الشافعي رحمه الله تعالى : فإنه شدد الإنكار على القول بحجية إجماع أهل المدينة ، ولا يعقل أن يكون هذا الإنكار من الشافعي

منصباً على العمل القديم ، بل يستحيل أن يكون مراده ذاك النوع من العمل والإجماع وهو الذي ــ كما نقل عنه ابن تيمية ــ يأخذ بذاك النوع من العمل ، لأنه في الحقيقة هو إجماع لدى الشافعي ، فغالب الظن : أن الشافعي رحمه الله تعالى عرف مراد مالك وأصحابه ــ رحمهم الله تعالى ــ من قولهم بإجماع أهل المدينة وعملهم ، وأنه يشمل العمل المتأخر ، فأخذ يبطل دعواهم ويفند قولهم .

وإذا كان مراد مالك رحمه الله تعالى من قوله في الموطأ : الأمر المجتمع عليه ــ أو غيره ــ العمل القديم ، فأي إجماع هذا الذي يذكره مع نقله ما يخالفه عن أمثال عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأمثاله من الصحابة رضي الله عنهم [1] ؟ على أن شراح الموطأ من أصحاب مالك وأتباعه كثيراً ما يفسرون كلمة (الناس) في كلامه بالتابعين ، وكلمة أهل العلم بأتباعهم [انظر الزرقاني : ١/٤٥] بل إن فقهاء المالكية قد صرحوا بهذا فقالوا : والذين يحتج الإمام بعملهم هم التابعون الذين أدركهم ، وهم لايخرجون عن نهج الصحابة ، وكل من الفريقين حجة ، رضوان الله عليهم أجمعين . [فتاوى الشيخ عليش : ١/٥٣]

هذا ، وما ذكره الشافعي رحمه الله تعالى ــ من أن دعوى الإجماع هذه لم تسلم لأصحابها ، وأن أكثر ما قيل فيه : الأمر المجتمع عليه عندنا ، والأمر عندنا ، لم يكن فيه إجماع بل وجد فيه الاختلاف ــ فهو حكم مصيب وواقع ، يدل عليه الرجوع إلى المسائل والفروع كما سنرى . ولقد ذكر ابن تيمية في معرض رده على القائلين بتقليد أهل المدينة مخالفتهم لأهل المدينة في كثير من المسائل ، وأنهم خالفوا عمر رضي الله عنه في نيف وثلاثين مسألة من موطأ مالك خاصة ، كما أنهم خالفوا أبا بكر وعثمان وعائشة وابن عمر وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري وغيرهم من فقهاء المدينة رضي الله عنهم في كثير من أقوالهم .
[صحة أصول مذهب أهل المدينة : ١١٩]

★ ★ ★

---

(١) وهذا كثير في الموطأ ، وسنرى بعضه في الفصل الثاني من هذا الباب .

الفصل الثاني

أثر الاحتجاج بإجماع أهل المدينة

وفيه المسائل الآتية :

١ — طهارة المستحاضة .
٢ — وطء المستحاضة .
٣ — تثنية الأذان وإفراد الإقامة .
٤ — حكم القراءة خلف الإمام .
٥ — التكبير في صلاة العيدين .
٦ — اقل ما يجزىء في الوتر .
٧ — قضاء فائتة السفر .
٨ — القراءة في الصلاة على الجنازة .
٩ — عزائم سجود التلاوة .
١٠ — نصاب الذهب في الزكاة .
١١ — الزكاة في مال من عليه دين .
١٢ — زكاة الدين .
١٣ — مالازكاة فيه من الزروع والثمار .
١٤ — ما يجب في تجارة أهل الذمة .
١٥ — متى يقطع الحاج التلبية .
١٦ — خيار المجلس ومتى يلزم البيع .
١٧ — بيع البر بالشعير متفاضلا .
١٨ — تزويج الأب ابنته البكر .
١٩ — مقام الزوج عند الزوجة الجديدة .
٢٠ — المقدار المحرم في الرضاع .
٢١ — اثر الزوج الثاني على تطليقات الأول .
٢٢ — وقوع الطلاق بمضي مدة الإيلاء .
٢٣ — ما تحمله العاقلة من دية الخطأ .
٢٤ — قتل المسلم بالذمي .
٢٥ — حرمة المصاهرة بالزنا .
٢٦ — قبول شهادة القاذف بعد التوبة .

لقد كان لاعتبار مالك رحمه الله تعالى إجماع أهل المدينة حجة ملزمة كبير الأثر في الاختلاف في كثير من الفروع الفقهية لدى الأئمة ، حيث إن مالكا رحمه الله تعالى قدم إجماع أهل المدينة وعملهم على القياس ، بل وعلى خبر الواحد ، وقدمه على قول الصحابي ــ من باب أولى ــ بينما لم ينظر غيره من الأئمة هذه النظرة ، بل إن بعضهم ــ كما علمنا ــ لا يسلم بوجود هذا النوع من الإجماع فضلا عن اعتباره حجة ، ويعتبره دعوى ليس لها وجود في الواقع • وهكذا نجد الشقة في هذا بعيدة بين مالك رحمه الله تعالى وبين غيره ، فبينما نجد مالكا إذا قال : هذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا ، أو على هذا العمل عندنا ، أو ما شابه هذه العبارة ، يقولها بكل جزم وحزم ، ويعتبرها الدليل الذي لا مجال للنزاع فيه ولا يجوز العدول عنه ، ولذا لا يكلف نفسه ــ في أكثر الأحيان ــ أن يأتي بأي دليل على الحكم الذي ذكره قبل هذه العبارة أو بعدها ، أقول : بينما نجد مالكا كذلك ، نجد غيره ينقض له أصل هذه الدعوى ، ويثبت له : أنه ما من أمر ثبت فيه إجماع أهل المدينة إلا وكان عليه الإجماع من المسلمين ، وأنه ما قال : أجمع أهل المدينة، إلا وفيها من يخالف في هذا الأمر ، وهكذا نجد الكثرة الكاثرة من الفروع الفقهية المختلف فيها بين مالك وغيره تتناسب مع كثرة تردد هذه العبارة ــ الأمر المجتمع عليه عندنا ــ على لسان مالك وقلمه ، حتى إنه قلما تخلو صفحة من صفحات كتابه الموطأ إلا وتذكر فيها مرة أو أكثر •

وإنني بتوفيق الله تعالى سأعرض بضعا وعشرين مسألة ــ وهي قليل من كثير ــ من هذه المسائل التي اعتمد فيها مالك رحمه الله تعالى ــ أولا وبالذات ــ على عمل أهل المدينة ، وإن كان له في بعضها دلائل أخرى ، فالمرجح لهذه الدلائل اشتهار العمل عليها ، وهذه المسائل خالفه فيها غيره في الحكم والدليل غالبا ، وإن وافقه في الحكم أحيانا فقد خالفه في الدليل •

المسألة الأولى : طهارة المستحاضة :

اتفق الأئمة : على أن المستحاضة إذا استمر بها الدم بعد أكثر الحيض والنفاس ـ حسب مذاهبهم في ذلك ـ أنه يكفيها غسل واحد للطهر من الحيض أو النفاس ، ثم تكون طهارتها بعد ذلك الوضوء ٠

وإنما اختلفوا متى يجب عليها أن تتوضأ ؟ وخلافهم نفسه في صاحب العذر من سلس وغيره ٠

١ ـ ذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى : إلى أنه يجب عليها أن تتوضأ لكل صلاة مفروضة ، وتصلي به النوافل أيضا والجنائز ، ولا تصلي الفائتة ٠

روى مالك في الموطأ [١/٦٣] عن عروة بن الزبير أنه قال : ليس على المستحاضة إلا أن تغتسل غسلا واحدا ، ثم تتوضأ بعد ذلك لكل صلاة ٠ قال مالك : وهو أحب ما سمعت إلي في ذلك ٠

وقال الشافعي [الأم : ١/٥٢] : وليس عليها إلا الغسل الذي حكمه الطهر من الحيض بالسنة ، وعليها الوضوء لكل صلاة ٠

٢ ـ وذهب أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى إلى أن الواجب عليها أن تتوضأ لوقت كل صلاة ، وتصلي به الفريضة والنافلة والفائتة وكل شيء ما دامت في الوقت ٠

قال في بداية المبتدي [١/١٢٤] : والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ ، يتوضؤون لوقت كل صلاة ، فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤوا من الفرائض والنوافل ٠

وقال في المغني [١/٢٤٩] : وقال أحمد : إنما آمرها أن تتوضأ لكل صلاة ، فتصلي بذلك الوضوء النافلة والفائتة حتى يدخل وقت الصلاة الأخرى ٠

الأدلــة :

١ ـ حجة مالك رحمه الله تعالى عمل أهل المدينة ٠ جاء في الموطأ [١/٦٣] : روى مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال : ليس على المستحاضة إلا أن تغتسل

غسلا واحدا ، ثم تتوضأ بعد ذلك لكل صلاة • قال مالك : الأمر عندنا في المستحاضة على حديث هشام بن عروة عن أبيه • هـ •

٢ ــ وأما الشافعي رحمه الله تعالى فلم يثبت عنده أن النبي ﷺ أمر المستحاضة بالوضوء لكل صلاة ، وإنما قال بذلك قياسا على ما ثبت في السنة من وجوب الوضوء من الخارج من دبر أو فرج مطلقا • قال في الأم [١/٥٢] : وعليها الوضوء لكل صلاة قياسا على السنة في الوضوء بما خرج من دبر أو فرج مما له أثر أولا أثر له •

وقال على لسان مناقشه [١/٥٤] : قال : أما أنا فقد روينا أن النبي ﷺ أمر المستحاضة تتوضأ لكل صلاة ؟ قلت : نعم ، قد رويتم ذلك ، وبه نقول ، قياسا على سنة رسول الله ﷺ ، ولو كان محفوظا عندنا كان أحب إلينا من القياس • هـ •

وإنما خولف القياس في أداء الفريضة الواحدة لموضع الضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها • [مغني المحتاج : ١/١١٢]

٣ ــ وأما أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى فحجتهما :

١ ــ حديث عائشة رضي الله عنها قالت : قالت فاطمة بنت أبي حبيش لرسول الله ﷺ : إني لا أطهر ، أفأدع الصلاة ؟ فقال رسول الله ﷺ : (إنما ذلك عرق وليس بالحيضة ، فإذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة ، فإذا ذهب قدرها فاغسلي الدم عنك وصلي)• [البخاري : ١/٦٤ ،مسلم : ١/٢٦٢] وفي رواية : ثم قال : (اغتسلي، ثم توضئي لكل صلاة وصلي) • [رواه أبو داود : ١/٢٧١ ، والترمذي : ١/٢٨٢] وقال : حديث حسن صحيح •

وذكر ابن الهمام أن في بعض ألفاظه أيضا : (وتوضئي لوقت كل صلاة) •

وجه الاستدلال بالحديث : أن النبي ﷺ أمرها أن تتوضأ لوقت كل صلاة ، [illegible] (توضئي لكل صلاة) ولأن اللام تستعار للوقت ، يقال :

الأدلــة :

١ ــ حجــة القائلين بالجواز من المالكية هو العمل بشرع من قبلنا ، قال في بداية المجتهد [٢/٢٠] : سبب اختلافهم سببان :

١ ــ هل شرع من قبلنا لازم لنــا حتى يدل الدليل على ارتفاعه ، أم الأمر بالعكس ؟ فمن قال : هو لازم ، أجازه ، لقوله تعالى : « إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج » الآية[1] ومن قال : ليس بلازم : لايجوز النكاح بالإجارة .

٢ ــ هل يجوز أن يقاس النكاح في ذلك على الإجارة ؟ وذلك أن الإجــارة هي مستثناة من بيوع الغرر المجهول ــ ولذلك خالف فيها الأصم وابن علية ــ وذلك أن أصل التعامل إنما هو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابتة ، والإجارة هي عين ثابتة في مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها . هـ

ومن كلام ابن رشد يتبين لنا أن من الحجة للمالكية أيضاً القياس على الإجارة ، فمن قال بجواز القياس قال بالجواز ، ومن قال لايجوز القياس على الإجارة ــ لأنها ثابتة على غير القياس ــ قال : لا يجوز النكاح على المنافع .

٢ ــ واحتج الحنابلة بمثل ما احتج به المالكية القائلون بالجواز ، فقد قال ابن قدامة : ولنا قول الله تعالى : « إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج » . وقال : ولأنهــا منفعة يجوز العوض عنهــا في الإجارة ، فجازت صداقاً .

ودعم الحنابلة قولهم بما رواه الدارقطني [٣/٢٤٤] بإسناده قال : قال رسول الله ﷺ : (أنكحوا الأيامى وأدوا العلائق : قيل : ما العلائق يارسول الله ؟ قال : ما تراضى عليه الأهلون ولو قضيبا من أراك) ورواه الجوزجاني أيضاً .

---

(١) وتتمتها : « فإن أتممت عشراً فمن عندك وما أريد أن أشق عليك ستجدني إن شاء الله من الصالحين » / القصص : ٢٧ / .

وجه الاستدلال به عموم قوله : ما تراضى عليه الأهلون ، فإنه يشمل المنافع إذا تراضوا عليها . [المغني : ٧/ ٢١٢ — ٢١٣] .

٣ — وأما الشافعي رحمه الله تعالى فحجته في ذلك القيـاس على الإجارة ، واستأنس أيضاً بما ورد في شرع من قبلنا . قال في الأم : فإن قال قائل : ما دل على هذا ؟ قيل : إذا كان المهر ثمناً كان في معنى هذا ، وقد أجازه الله عز وجل في الإجارة في كتابه ، وأجازه المسلمون .قال الله عز وجل : «فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن» / الطلاق : ٦ / . وقال عز وجل : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » / البقرة : ٢٣٣ / . وذكر قصة شعيب وموسى صلى الله عليهما وسلم في النكاح فقال : « قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين . قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين » الآية . وقال : « فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور ناراً » / القصص : ٢٦ — ٢٩ / .

قال الشافعي : ولا أحفظ من أحد خلافاً في أن ما جازت عليه الإجارة جاز أن يكون مهراً . [الأم : ٥/١٤٤] .

٤ — وأما الحنفية : فحجتهم في المواطن التي أجازوا فيها النكاح على المنافع ما ورد في شرع من قبلنا .

قال في الدر المختار : ومفاده صحة تزوجها على أن يخدم سيدها أو وليها ، كقصة شعيب مع موسى . قال ابن عابدين : فإنه زوج موسى عليهما السلام بنته على أن يرعى له غنمه ثماني سنين ، وقد قصه الله تعالى علينا بلا إنكار ، فكان شرعاً لنا .

وقال في فتح القدير : واختلفت الروايات في رعي غنمها وأرضهـا للتردد في تمحضها خدمة وعدمه ، وكون الأوجه الصحة — لقص الله سبحانـه قصـة شعيب وموسى عليهما السلام من غير بيان نفيه في شرعنا — إنما يلزم لو كانت الغنم ملك البنت دون شعيب ، وهو منتف .

وأما حجتهم في المواطن التي منعوا فيها ذلك :

١ — إذا كان المسمى خدمة الزوج الحر : فإنهم منعوا ذلك ، لأن خدمـة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح ، لما في ذلك من قلب الموضوع ، إذ

إن عقد النكاح يقتضي أن تكون المرأة خادمة والزوج مخدوماً ، وفي جعل خدمة الزوج مهراً لها كون الرجل خادماً والمرأة مخدومة ، وذلك خلاف موضوع النكاح بلا خلاف ، وعليه يكون قد سمى لها ما لا يصلح مهراً،فصح العقد ، ووجب مهر المثل .

وذلك بخلاف خدمة العبد ، لأن العبد يخدم بإذن المولى ، فصار كأنه يخدم المولى معنى وحقيقة ، فليس فيه قلب الموضوع ، على أن استخدام الزوجة له ليس بحرام لأنه عرضة للاستخدام والابتذال ، لكونه مملوكاً .

٢ ــ وأما منعهم ذلك فيما إذا كان المسمى منفعة لا يستحق عليها أجراً ــ كتعليم القرآن وغيره ــ فحجتهم في ذلك أن المسمى ليس بمال ، والمشروع في عقد النكاح هو الابتغاء بالمال ، لقوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم » / النساء : ٢٤ /. وتعليم القرآن وما شابهه ليس بمال ، لعدم صحة الاستئجار عليها ــ عند أبي حنيفة وصاحبيه ــ فلا يكون الابتغاء به مشروعاً . فإذا سميت مهراً في العقد صح العقد ووجب مهر المثل .

[حاشية ابن عابدين على الدر المختار : ٣/١٠٦ ــ ١٠٨ ، الهداية وشروحها : ٢/٤٥٠ ــ ٤٥١]

المسألة السادسة : قتل الذكر بالأنثى :

اختلف العلماء في القصاص بين الرجل والمرأة :

١ ــ فذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد في الصحيح عنه ــ رحمهم الله تعالى ــ إلى : أنه إذا قتل الرجل المرأة عمداً قتل بها ولا شيء لأوليائه.

قال في الموطأ [٢/٨٧٣] : والقصاص أيضاً يكون بين الرجال والنساء . وقال: فنفس المرأة الحرة بنفس الرجل الحر وجرحها بجرحه . هـ

وقال الشافعي [الأم : ٦/١٨] : فإذا قتل الرجل المرأة عمداً قتل بها ، وإذا قتلته قتلت به ، ولا يؤخذ من المرأة ولا من أوليائها شيء للرجل إذا قتلت به ، ولا إذا قتل بها ، وهي كالرجل يقتل الرجل في جميع أحكامها إذا اقتص بها أو اقتص منها ، وكذلك النفر يقتلون المرأة والنسوة يقتلن الرجل . هـ

وقال في الهداية [٨/٢٥٨] : ويقتل الرجل بالمرأة .

وقال الخرقي [المغني : ٢٩٦/٨] : ويقتل الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر •

٢ ــ وروي عن عثمان البستي وعطاء أنهما قالا : إذا قتل الرجل بالمرأة كان على أولياء المرأة نصف الدية•وروي مثل هذا عن أحمد،وحكي مثله عن الحسن[1]•

٣ ــ وحكي عن الحسن البصري أنه لا يقتل الذكر بالأنثى[1]•

الأدلــة :

١ ــ احتج أكثر القائلين بقتل الرجل بالمرأة ــ مالك وأحمد وأصحاب أبي حنيفة ــ بقوله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » / المائدة : ٤٥ / •

قال مالك : فذكر الله تبارك وتعالى أن النفس بالنفس ، فنفس المرأة الحــرة بنفس الرجل الحر • قال ابن رشد : ويدخله أن هذا الخطاب وارد في غير شريعتنا وفيه خلاف •

هذا ولقد مر معنا هذا الخلاف وعلمنا أن أكثر الحنفية يقولون به ، فقد قال في المنار [٧٣٢] : وشرائع من قبلنا تلزمنا إذا قص الله ورسوله علينا من غير إنكار • قال ابن ملك : حتى احتج أبو يوسف في جريان القصاص بين الذكر والأنثى بقوله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » مع أن ذلك كان فيمن تقدم • هـ

وكذلك قال به المالكية فقد قال ابن الحاجب [٢٨٦/٢]:المختار أنه بعد البعث متعبد بما لم ينسخ •

وأما الحنابلة فقد ذكر ابن قدامة المقدسي [روضة النــاظر : ٨٢] أن فيــه روايتين عندهم إحداهما أنه شرع لنا واختارها التميمي ، والثانية ليس بشرع لنا •

وعلى هذا يكون عمدة المذاهب الثلاثة فيما ذهبوا إليه من قتل الرجل بالمرأة هو شرع من قبلنا •

---

(١) بداية المجتهد : ٣٩٢/٢ ، المغني : ٢٩٦/٨ •

ودعم هؤلاء قولهم هذا بالعمومات الواردة في وجوب القصاص بين المسلمين كقوله تعالى : « الحر بالحر » • / البقرة : ١٧٨ / •

وكذلك بما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده : أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والأسنان ، وأن الرجل يقتل بالمرأة [أخرجه النسائي : ٥٧/٨]وهو كتاب مشهور عند أهل العلم متلقى بالقبول عندهم •

٢ ـ وهذا الحديث هو حجة الشافعي رحمه الله تعالى • ومن الحجة له أيضاً: أن شرط القصاص التكافؤ في الدمين ، ولا خلاف بين العلماء أن التكافؤ بين الدمين يتحقق بالحرية والإسلام • قال في الأم : ولم أعلم ممن لقيت مخالفاً من أهل العلم في أن الدمين متكافئان بالحرية والإسلام • هـ • ثم فرع على ذلك قوله بقتل الرجل بالمرأة وقتل المرأة بالرجل •

ومما اعتمد عليه الجمهور في قولهم النظر إلى حكمة القصاص •

قال ابن رشد : والاعتماد في قتل الرجل بالمرأة هو النظر إلى المصلحة العامة • وجاء في شرح العناية على الهداية : لأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني •

٣ ـ وأما الذين قالوا : إنه على أولياء المرأة نصف الدية إذا قتل بها : فحجتهم في ذلك أنه مروي عن علي رضي الله تعالى عنه •

وكذلك أن عقلها نصف عقله ، فإذا قتل بها بقي له بقية فاستوفيت ممن قتله •

٤ ـ وأما الذين قالوا لا يقتل الرجل بالمرأة : فحجتهم في ذلك قوله تعالى : « والأنثى بالأنثى » • / البقرة : ١٧٨ / •

فإنه يدل على أن الرجل لايقتل بالأنثى •

[بداية المجتهد : ٣٩٢/٢ ، المغني : ٢٩٦/٨ ، الهداية وشروحها : ٢٥٨/٨ ، مغني المحتاج : ١٦/٤ ، الأم : ١٨/٦]

المسألة السابعة : الأفضل في الأضحية :

أجمع الأئمة على : أن الضحايا تجوز من جميع بهيمة الأنعام ، وأنها لا تجوز بغيرها . واختلفوا في الأفضل منها :

١ ــ ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أن الأفضل في الضحايا الكباش ثم البقر ثم الإبل .

قال في الشرح الكبير [١٢١/٢] : وندب ضأن مطلقاً ، فحله فخصيه فأنثاه ، ثم يليه معز كذلك ، ثم هل يليه بقر كذلك ، وهو الأظهر ــ عند ابن رشد ــ أو إبل ؟ خلاف . [وانظر بداية المجتهد : ٤١٦/١]

٢ ــ وذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى : إلى أن الأفضل الإبل ثم البقر ثم الغنم .

قال في الأم [١٨٩/٢] : والإبل أحب إلي أن يضحي بها من البقر ، والبقر أحب إلي أن يضحي بها من الغنم ، وكل ماغلا من الغنم كان أحب إلي مما رخص ، وكل ما طاب لحمه كان أحب إلي مما يخبث لحمه .

وقال ابن قدامة [المغني : ٤٣٩/٩] : وأفضل الأضاحي البدنة ، ثم البقرة ، ثم الشاه .

٣ ــ وأما أبو حنيفة وأصحابه : فالظاهر من كلام كتب المذهب أنه ينظر في ذلك إلى القيمة واللحم ، فما كان أفضل فهو أولى .

قال ابن عابدين [٣٢٢/٦] : والأصل في هذا : إذا استويا في اللحم والقيمة فأطيبهما لحماً أفضل ، وإذا اختلفا فيهما فالفاضل أولى .

وقال في البدائع [٢٨٥٧/٦] : فالمستحب أن يكون أسمنها وأحسنها وأعظمها .

الأدلـة :

١ ــ حجة مالك رحمه الله تعالى : أنه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام أنه ضحى إلا بكبش ، فكان ذلك دليلا على أن الكباش أفضل . وكذلك فعل عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما .

وذكر ابن رشد : أن للقائلين بأفضلية الكباش دليلا آخر ، وهو ماورد في شرع من قبلنا ، وذلك ما فعله إبراهيم عليه السلام من فداء ولده بكبش • قال في بداية المجتهد [٤١٦/١] • وقد يمكن أن يكون لا ختلافهم سبب آخر وهو : هل الذّبح العظيم الذي فدي به إبراهيم سنة باقية إلى اليوم ، وأنها الأضحية ، وأن ذلك معنى قوله تعالى : « وتركنا عليه في الآخرين » / الصافات : ١٠٨ / ؟ فمن ذهب إلى هذا قال : الكباش أفضل • ومن رأى أن ذلك ليست سنة باقية ، لم يكن عنده دليل على أن الكباش أفضل ، مع أنه قد ثبت أن رسول الله ﷺ ضحى بالأمرين جميعاً • هـ [وانظر الموطأ : ٤٨٣/٢] •

٢ ــ وحجة القائلين بأفضلية الإبل ثم البقر ثم الغنم : القياس على الهدي ، حيث إن الأضحية قربة بحيوان ، فوجب أن يكون الأفضل فيها الأفضل في الهدايا •

قال في الأم [١٨٩/٢] : وقد قال الله تعالى في المتمتع : « فما استيسر من الهدي » / البقرة : ١٩٦ / • وقال ابن عباس : ما استيسر من الهدي شاة ، وأمر رسول الله ﷺ أصحابه الذين تمتعوا بالعمرة إلى الحج أن يذبحوا شاة ، وكان ذلك أقل ما يجزيهم ، لأنه إذا أجزأه في الدم فأعلاه خير منه •

وقال : وسئل رسول الله ﷺ : أي الرقاب أفضل ؟ فقال :أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها • والعقل مضطر إلى أن يعلم : أن كل ما تقرب به إلى الله تعالى إذا كان نفيساً ــ كلما عظمت رزيته على المتقرب به إلى الله تعالى ــ كان أعظم الأجره •

وقال ابن قدامة [المغني : ٤٣٩/٩] : لأنه ذبح يتقرب به إلى الله تعالى ،فكانت البدنة فيه أفضل كالهدي •

ودعم هؤلاء قولهم بعموم قوله ﷺ : (من اغتسل يوم الجمعة ثم راح في الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة ، ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ، ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً) • [البخاري : ٣/٢]•فكان الواجب حمل هذا على جميع القرب بالحيوان •
[المغني : ٤٣٩/٩ ، وانظر مغني المحتاج : ٢٨٥/٤]

٣ـ وأما الحنفية فقالوا : إنها مطية الآخرة ، لقوله ﷺ : (عظموا ضحاياكم فإنها على الصراط مطاياكم) • ومهما كانت المطية أعظم وأسمن كانت على الجواز على الصراط أقدر • [بدائع الصنائع : ٦/٢٨٥٧]

المسألة الثامنة : نذر ذبح الولد أو نحره :

اختلف الأئمة فيمن نذر أن يذبح ولده أو ينحره ، ماذا يجب عليه ؟

١ـ ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه يلزمه الهدي •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١/٤١٣] : قال مالك : ينحر جزورا فداء له • وذكر في الشرح الكبير [٢/١٧١ ـ ١٧٢] : أنه يلزمه بدنة ، فإن فقدها لزمه بقرة ، فإن عجز عنها فشاة واحدة • هـ

واشترط لذلك أن يتلفظ بالهدي ، كأن يقول : علي هدي فلان ، أو يذكر مقام إبراهيم ، كما بين ذلك في الشرح الكبير •

٢ ـ وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى ـ ومحمد من أصحابه ـ إلى أنه يلزمه ذبح شاة •

قال في الدر المختار [٣/٣٧٩] : نذر أن يذبح ولده فعليه شاة • قال ابن عابدين : وفي الاختيار : ولو نذر ذبح ولده أو نحره لزمه ذبح شاة عند أبي حنيفة ومحمد • هـ

وفي اشتراط ذكر مقام إبراهيم روايتان • قال ابن عابدين نقلا عن شرح درر البحار : إنه يشترط لصحة النذر به في عامة الروايات أن يقول في النذر : عند مقام إبراهيم أو بمكة ، وفي رواية عنه : لا يشترط • [انظر فتح القدير : ٢/٣٣٥]

٣ ـ وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان : إحداهما : يلزمه كفارة يمين ، والأخرى : يلزمه ذبح كبش •

قال ابن قدامة [المغني : ٩/٥١٦] : واختلفت الرواية فيمن حلف بنحر ولده ، نحو أن يقول : إن فعلت كذا فلله علي أن أذبح ولدي ، أو يقول : ولدي نحير إن فعلت كذا ، أو نذر ذبح ولده مطلقا غير معلق بشرط :

ــ فعن أحمد : عليه كفارة يمين . وهذا قياس المذهب ، لأن هذا نذر معصية أو نذر لجاج[1] ، وكلاهما يوجب الكفارة[2] .

ــ والرواية الثانية : كفارته ذبح كبش ، ويطعمه المساكين . هـ

٤ ــ وذهب الشافعي وأبو يوسف وزفر ــ من أصحاب أبي حنيفة ــ رحمهم الله تعالى إلى أنه لا شيء عليه .

قال في الأم [٢/٢٢٧] : وأصل ما نذهب إليه أن النذر ليس بيمين ، وأن من نذر أن يطيع الله عز وجل أطاعه ، ومن نذر أن يعصي الله لم يعصه ، ولم يكفر .

وقال في مغني المحتاج [٤/٣٥٦] : ولا يصح نذر معصية ، كالقتل والزنا وشرب الخمر .

وقال ابن عابدين [٣/٧٣٩] : وقال أبو يوسف وزفر : لا يصح شيء من ذلك .

الأدلة :

١ ــ حجة القائلين بلزوم النذر ووجوب الهدي ــ مالك وأبي حنيفة ومحمد رحمهم الله تعالى والرواية الثانية عن أحمد ــ العمل بشريعة من قبلنا ، وذلك ما ورد من قصة إبراهيم عليه السلام من أمره بذبح ولده ، ثم فدائه بذبح كبش ، وذلك في قوله تعالى : « فلما بلغ معه السعي ــ إلى قوله تعالى ــ وفديناه بذبح عظيم » /الآيات : ١٠٢ ــ ١١٠ من سورة الصافات/ . فقد قص الله تعالى هذه القصة من غير إنكار لها ، ولا بيان نسخ ، فدل ذلك على أنه شرع لنا .

---

(١) لج في يمينه : استمر عليه ولم يخالفه ، وكذلك النذر .
(٢) أي عند الحنث وعدم الوفاء به .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١/٤١٣] : سبب اختلافهم قصة إبراهيم عليه السلام : هل ما تقرب به إبراهيم عليه السلام هو لازم للمسلمين ، أم ليس بلازم ؟ فمن رأى أن ذلك شرع خص به إبراهيم قال : لايلزم النذر ، ومن رأى أنه لازم لنا قال : النذر لازم •

وقال في الدر المختار [٣/٧٣٩] محتجا لأبي حنيفة ومحمد : لقصة الخليل عليه الصلاة والسلام • قال ابن عابدين : بيانه : قصة الذبيح ، فإن الله تعالى أوجب على الخليل ذبح ولده وأمره بذبح الشاة حيث قال : « قد صدقت الرؤيا » • فيكون كذلك في شريعتنا ، إما لقوله تعالى : « ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفا » /النحل : ١٢٣/ أو لأن شريعة من قبلنا تلزمنا حتى يثبت النسخ •

وقال ابن قدامة في المغني [٩/٥١٦] محتجا لهذا القول : لأن نذر ذبح الولد جعل في الشرع كنذر ذبح شاة ، بدليل أن الله تعالى أمر إبراهيم بذبح ولده وكان أمرا بذبح شاة ، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه • هـ

ودعم الحنفية والحنابلة قولهم هذا بأنه مذهب جماعة من الصحابة كعلي وابن عباس وغيرهما رضي الله عنهم ، ومثله لا يعرف قياسا ، فيكون حكمه حكم المرفوع للنبي ﷺ •

والقول بوجوب كبش كذلك استحسان عند الحنفية ، كما ذكر ابن الهمام قال [فتح القدير : ٢/٣٣٥] : ومن قال لله علي أن أنحر ولدي : ففي القياس لاشيء عليه ، وفي الاستحسان يلزمه شاة • هـ • ووجه الاستحسان ـ على ما يظهر ـ هو ما ذكروه من استدلال بالنص والأثر •

وإنما قال مالك : يهدي بعيرا ، حملا منه للواجب في ذلك على الهدي الواجب في شريعتنا ، كما ذكر ابن رشد •

٢ ـ وحجة القائلين بوجوب كفارة اليمين ـ وهو المذهب عند الحنابلة ـ :

ـ قوله ﷺ : (لا نذر في معصية ، وكفارته كفارة يمين) [أبو داود : ٢/٢٠٨] وذبح الولد معصية •

ــ أن النذر حكمه حكم اليمين ، بدليل قوله ﷺ : (النذر يمين ، وكفارته كفارة يمين) • [الطبراني ــ الجامع الصغير] فيكون بمنزلة من حلف ليذبحن ولده، ثم حنث ، فعليه الكفارة •

ــ أن هذا قول ابن عباس رضي الله عنهما • فقد روى مالك [الموطأ : ٢/٤٧٦] عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه سمعه يقول : أتت أمرأة إلى عبد الله ابن عباس فقالت : إني نذرت أن أنحر ابني ؟ فقال ابن عباس : لاتنحري ابنك وكفري عن يمينك•فقال شيخ عند ابن عباس : وكيف يكون في هذا كفارة ؟ فقال ابن عباس: إن الله تعالى قال : « الذين يظاهرون منكم من نسائهم » /المجادلة : ٢/ • ثم جعل فيه من الكفارة ما قد رأيت • [المغني : ٩/٥١٦ ــ ٥١٧]

٣ ــ وحجة القائلين إنه لا شيء عليه ــ الشافعي وأبي يوسف وزفر ــ أنه نذر معصية ، وقد دل الكتاب والسنة على أن من نذر معصية الله عز وجل لا يفي بنذره ولا كفارة عليه •

قال في الأم [٢/٢٢٩] : وإنما أبطل الله عز وجل النذر في البحيرة والسائبة لأنها معصية ، ولم يذكر في ذلك كفارة ، وكان فيه دلالة على أن من نذر معصية الله عز وجل أن لا يفي ، ولا كفارة عليه ، وبذلك جاءت السنة • هـ ثم روى عن عائشة رضي الله عنها : أن النبي ﷺ قال : (من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه) • [انظر ابن عابدين : ٣/٧٣٩ ، مغني المحتاج : ٤/٣٥٦]

★ ★ ★

الباب الثامن
في
القول بسد الذرائع
وأثره

ويحتوي على فصلين

الفصل الأول

القول بسد الذرائع

وفيه

ـ معنى سد الذرائع ، وتحرير محل النزاع

ـ الاحتجاج بسد الذرائع ودليله

معنى سد الذرائع وتحرير محل النزاع

الذرائع : جمع ذريعة ، والذريعة : لها في اللغة استعمالات كثيرة ، منها :كل مايتخذ وسيلةويكون طريقا إلى شيىء غيره••وسدها : معناه : رفعها وحسم مادتها•[1]

وأما في الاصطلاح الشرعي : فقد استعملت بمعنيين : عام وخاص •

المعنى العــام للذريعة :

ويراد بها ــ على هذا المعنى ــ كل مايتخذ وسيلة لشيىء آخر ، بصرف النظر عن كون الوسيلة ، أو المتوسل إليه ، مقيدا بوصف الجواز أو المنع •

وهي بهذا المعنى : تشمل المتفق عليه والمختلف فيه ، ويتصور فيها الفتح ، كما يتصور فيها السد ، وذلك أن موارد الأحكام قسمان :

ــ مقاصد ، وهي الأمور المكونة للمصالح والمفاسد في أنفسها ، أي التي هي مصالح أو مفاسد في ذاتها •

ــ وسائل ، وهي الطرق المفضية إلى المقاصد •

وحكم الوسائل كحكم ما أفضت إليه من المقاصد ، فوسيلة الواجب واجبة ، كما أن وسيلة المحرم محرمة • فالجمعة فرض ، والسعي إليها فرض ، وترك البيع لأجل السعي فرض أيضا • والفاحشة حرام ، والنظر إلى عورة الأجنبية حرام ، لأنه يؤدي إليها •

---

(١) جاء في لسان العرب : أن الذريعة ــ في الأصل ــ جمل يختل به الصيد ، يمشي الصياد إلى جنبه فيستتر به ، ويرمي الصيد إذا أمكنه . ثم جعلت الذريعة مثلاً لكل شيء أدني من شيء وقرب منه . وذكر استعمالات غيرها (مادة : ذرع) .

يقول القرافي : واعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها ، ويكره ويندب ويباح ، فإن الذريعة هي الوسيلة ، فكما أن وسيلة المحرم محرمة ، فوسيلة الواجب واجبة ، كالسعي للجمعة والحج .

غير أن الوسائل أخفض رتبة من المقاصد ، وهي أيضا تختلف مراتبها باختلاف مراتب المقاصد التي تؤدي إليها . فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل ، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل ، وإلى ما هو متوسط متوسطة[1] .

وإلى هذا المعنى العام أشار ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين [١٤٧/٣] فقال :

لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها ، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها ، فوسائل المحرمات والمعاصي ـ في كراهتها والمنع منها ـ بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطها بها ، ووسائل الطاعات والقربات ـ في محبتها والإذن فيها ـ بحسب إفضائها إلى غاياتها ، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود ، لكنه مقصود قصد الغايات ، وهي مقصودة قصد الوسائل .

وقال : فإذا حرم الرب تعالى شيئا وله طرق ووسائل تفضي إليه ، فإنه يحرمها ويمنع منها ، تحقيقا لتحريمه وتثبيتا له ، ومنعا أن يقرب حماه ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه ، لكان ذلك نقضا للتحريم وإغراء للنفوس به ، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء . بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك ، فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ، ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعد متناقضا ، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده . وكذلك الأطباء : إذا أرادوا حسم الداء ، منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه ، وإلا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه .

ثم قال : فما الظن بهذه الشريعة الكاملة ، التي هي في أعلى درجات الحكمة

---

(١) شرح تنقيح الفصول للقرافي : ٢٠٠ ، تبصرة الحكام : ٣٧٦/٢ ـ ٣٧٧ ، وانظر : مالك : ٤٠٥ ، سد الذرائع : ٤٠ وما بعدها .

والمصلحة والكمال ؟ ومن تأمل مصادرها ومواردها ، علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم ، بأن حرمها ونهى عنها •

اقسام الذرائع بحسب هذا المعنى :

يمكن تقسيم الذرائع بالمعنى العام إلى قسمين :

أ ـ الذرائع التي تفضي إلى المصلحة ، وهذه على نوعين :

النوع الأول : أن تكون الذريعة والوسيلة مصلحة ـ أيضا ـ بحد ذاتها : وعندها تكون مطلوبة أو مباحة حسب قوة وحال ما تؤدي إليه : فإن كان مباحا فمباحة : كالكسب الحلال المؤدي إلى التمتع بالطيبات ، وإن كان مندوبا فمندوبة : كالكسب الحلال لدفع غائلة الجوع ، وإن كان واجبا فواجبة : كالوضوء بالنسبة للصلاة •

النوع الثاني : أن تكون الذريعة المفضية إلى المصلحة مفسدة في حد ذاتها : كالسرقة من أجل الإنفاق على العيال ، ففي هذه الحالة تكون الوسيلة ممنوعة ، وإن كانت تؤدي إلى مصلحة ، لأن الغاية لا تبرر الواسطة في الإسلام • إلا إذا رافقتها ضرورة ملجئة ، فتباح بقدر الضرورة ، عملا بقاعدة : الضرورات تبيح المحظورات ، والضرورات تقدر بقدرها •

وهذا موضع اتفاق لدى العلماء ، وهو الذي تؤيده الأدلة الشرعية : الإجمالية والتفصيلية ، وتشهد له نصوص الكتاب والسنة ، ويؤيده العقل ، وعليه إجماع المسلمين •

ب ـ الذرائع المفضية إلى المفاسد : وهذا القسم أيضا على نوعين :

النوع الأول : أن تكون الذريعة مفسدة في حد ذاتها ، وتفضي إلى المفسدة بطبعها ، كالسعي بالفساد بين الناس ، المؤدي إلى الفتنة وإيقاد نار الضغائن ، وترك السلام المؤدي إلى القطيعة غالبا ، والزنا المفضي إلى اختلاط الأنساب وضياع النسل ، وشرب المسكر المفضي إلى غياب العقل والإضرار بالجسم •

ولا خلاف في أن هذا النوع محظور ، على وجه الكراهة أو الحرمة ، بحسب مقدار المفسدة فيه . وإلى هذا النوع أشار ابن القيم حيث قال : الفعل أو القول المفضي إلى المفسدة قسمان : أحدهما : أن يكون وضعه للإفضاء إليها كشرب المسكر المفضي إلى مفسدة السكر ، وكالقذف المفضي إلى مفسدة الفِرْيَة ، والزنا المفضي إلى اختلاط المياه وفساد الفراش ، ونحو ذلك ، فهذه أفعال وأقوال وضعت مفضية لهذه المفاسد وليس لها ظاهر غيرها . هـ

ثم ذكر أن الشريعة جاءت بالمنع من هذا القسم من الوسائل كراهة أو تحريما ، بحسب درجاته فيما يؤدي إليه من المفسدة .

النوع الثاني : أن تكون الذريعة المؤدية إلى المفسدة مصلحة في حد ذاتها ومشروعة .

وهذا النوع من الذرائع على مراتب ، حسب نسبة المفسدة التي قد تفضي إليها ، واعتبار قصد الفاعل للمفسدة وعدمه ، وبالتالي : يختلف النظر الفقهي إليها سدا وفتحا . وقد ذكر العلماء مراتب هذا النوع من الذرائع وأقسامه ، كما ذكروا حكم كل مرتبة منها . وممن فصل هذه الأقسام وبين حكمها ابن القيم في إعلام الموقعين ، والشاطبي في الموافقات .

١ ـ قال ابن القيم ـ بعد ذكره القسم الأول ، وهو ما كان بوضعه مفضيا للمفسدة ـ :

والثاني : أن تكون موضوعة للإفضاء إلى أمر جائزأو مستحب ، فيتخذ وسيلة إلى المحرم ، إما بقصده أو بغير قصد منه .

فالأول : كمن يعقد النكاح قاصدا به التحليل ، أو يعقد البيع قاصدا به الربا ، أو يخالع قاصدا به الحنث ، ونحو ذلك .

والثاني : كمن يصلي تطوعا بغير سبب في أوقات النهي ، أو يسب أرباب المشركين بين أظهرهم ، أو يصلي بين يدي القبر لله ، ونحو ذلك .

ثم هذا القسم من الذرائع نوعان :

أحدهما : أن تكون مصلحة الفعل أرجح من مفسدته .

والثاني : أن تكون مفسدته راجحة على مصلحته ، فههنا أربعة أقسام[1] :

الأول : وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المفسدة . (وهـذا ما ذكر في الفقرة السابقـة) .

الثاني : وسيلة موضوعة للمباح ، قصد بها التوسل إلى المفسدة .

الثالث : وسيلة موضوعة للمباح ، لم يقصد بها التوسل إلى المفسدة ، لكنها مفضية إليها غالباً ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها .

الرابع : وسيلة موضوعة للمباح ، وقد تفضي إلى المفسدة ، ومصلحتها أرجح من مفسدتها .

ثم ذكر ابن القيم بعد هذا التقسيم : أن الشريعة جاءت بإباحة القسم الرابع ، أو استحبابه ، أو إيجابه ، بحسب درجاته في المصلحة ، وجاءت بالمنع من القسم الأول كراهة أو تحريماً بحسب درجاته في المفسدة ــ كما أسلفنا ــ ثم قال : بقي النظر في القسمين الوسط : هل هما مما جاءت الشريعة بإباحتهما ، أو المنع منهما ؟

وأما الشاطبي : فقد ذكر لهذا النوع من الذرائع أربعة أقسام ، تستخلص من تقسيمه للعمل من حيث ما يترتب عليه من مفاسد أو ضرر يلحق غير العامل ، وإن كـان مأذوناً فيــه .

وهذه الأقسام هي :

١ ــ ما يكون أداؤه إلى المفسدة قطعاً : كحفر البئـر خلف باب الدار في الظلام ، بحيث يقع الداخل فيــه ولا بد ، وشبه ذلك . وهذا النوع من الذرائع

---

(١) المراد بالأقسام هنا : جميع أقسام الذرائع بما فيها القسم المذكور سابقا .

ممنوع ، لأن توخي الفاعل لهذا الفعل ـ مع العلم بما يترتب عليه من ضرر في حكم المقطوع به ـ يكون من أحد أمرين : إما من تقصير في إدراك الأمور على وجهها ، وعدم اختبار مضارها ، وذلك ممنوع . وإما أنه قصد إلى الإضرار ، وهو ممنوع أيضاً .

٢ ـ أن يكون الفعل مؤدياً إلى المفسدة غالباً : كبيع السلاح في وقت الفتن ، أو من أهل الحرب ، وبيع العنب للخمار ، وما يغش به ممن شأنه الغش ، ونحو ذلك مما يقع في غالب الظن أداؤه إلى المفسدة لا على سبيل القطع . وهذا النوع ـ أيضاً ـ ممنوع ، لأن الاحتياط يوجب الأخذ بغلبة الظن ، ولأن الظن في الأحكام العملية يجري مجرى العلم فيجري هنا مجراه ، ولأن إجازة هذا القسم من الذرائع نوع من التعاون على الإثم والعدوان ، وذلك لا يجوز ، وإن كان المنع أخفض رتبة من القسم الأول .

٣ ـ ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً : كحفر بئر بموضع بحيث يغلب أن لا يقع فيه أحد ، وبيع الأغذية التي من شأنها أن لا تضر أحداً غالباً ، وما أشبه هذا . وهذا النوع من الذرائع باق على أصل الإذن والمشروعية ، ما دام الفعل مأذوناً فيه ، لأن المصلحة ـ إذا كانت غالبة ـ فلا اعتبار لندرة انخرامها ، إذ لا توجد مصلحة ـ في العادة ـ عارية عن المفسدة جملة ، والشارع إنما اعتبر غلبة المصلحة ولم يعتبر ندور المفسدة .

٤ ـ أن يكون الفعل مؤدياً إلى المفسدة كثيراً لا غالباً : بحيث إن هذه الكثرة لا تبلغ مبلغاً يحمل العقل على ظن المفسدة فيه دائماً ، وذلك : كمسائل بيوع الآجال والبيوع الربوية . وهذا النوع من الذرائع ـ قال فيه الشاطبي ـ : هو موضع نظر والتباس .

[إعلام الموقعين : ٣/١٤٨ ، الموافقات : ٢/٣٥٧ ـ ٣٦١ ، وانظر مالك : ٤٠٩ ، ابن حنبل : ٣١٩ ، سد الذرائع : ١٢٨ وما بعدها] .

المعنى الخاص للذريعة :

من خلال ما سبق ، يتحرر لدينا : أن الذرائع التي هي محل الخلاف إنما هي الوسائل التي ظاهرها الجواز ، إذا قويت التهمة في التطرق بها إلى الممنوع . وهذا ما أشار إليه الشاطبي في القسم الرابع المستخلص من تقسيماته : وهو كل فعل مأذون فيه بالأصل ، ولكنه طرأ عليه ما جعله يؤدي إلى المفسدة كثيراً لا غالباً . ويدخل في هذا ما عده ابن القيم قسماً وسطاً بين ما جاءت الشريعة بطلبه وما جاءت بمنعه ، وهي كل وسيلة مباحة ، قصد التوصل بها إلى المفسدة ، أو لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة لكنها مفضية إليها غالباً ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها .

وهذا المعنى الخاص للذريعة هو المراد لدى الأصوليين والفقهاء ، عند بحثهم في الذرائع وسدها . ولقد عبر الشاطبي عن هذا المعنى بقوله : إن حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة [1]. وسد الذرائع ـ على هذا المعنى ـ هو حسم مادة وسائل الفساد ، بمنع هذه الوسائل ودفعها [2] .

---

(1) ظاهر هذا انه يشمل الذرائع بالمعنى العام ، ولكن سياق كلام الشاطبي وأمثلته تحدد المعنى المراد منه ، وانه المعنى الخاص للذريعة .

(2) الموافقات ١٩٨/٤ ـ ٢٠٠ ، تبصرة الحكام : ٣٧٦/٢ وانظر سد الذرائع : ٤٤ ، والمراجع السابقة .

الاحتجاج بسد الذرائع

المشهور أن مالكاً وأحمد رحمهما الله تعالى هما اللذان يقولان بسد الذرائع ، بينما يخالفهما في ذلك أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى .

ومما لا شك فيه أن مالكاً رحمه الله تعالى يقول بسد الذرائع ، بل إنه أكثر من العمل به ، وتلاه في ذلك الإمام أحمد رحمه الله تعالى .

يقول الشاطبي ـ وهو يقرر أن النظر في مآلات الأفعال معتبر ومقصود شرعاً ـ: وهذا الأصل ينبني عليه قواعد : منها : قاعدة الذرائع التي حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه .

ويقول ـ بعد ذكره الفعل الذي يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً ، لا غالباً ولا نادراً ـ : فهو موضع نظر والتباس ، والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإذن . ثم يقول : إلا أن مالكاً اعتبره[1] في سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعاً .

وقال في تبصرة الحكام : فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة إلى المفسدة منعنا من ذلك الفعل ، وهو مذهب مالك رحمه الله .

هذا ما ذكره فقهاء المذهب المالكي ، ويؤكده كثرة ذكرهم للذريعة والتهم في كثير من أبواب الفقه والمسائل الفرعية[2] .

وذكر ابن القيم ـ وهو حنبلي المذهب ـ أن سد الذرائع ربع الدين ، قال في إعلام الموقعين [١٧١/٣] : وباب سد الذرائع أحد أرباع التكليف ، فإنه أمر ونهي ، والأمر نوعان : أحدهما مقصود لنفسه ، والثاني : وسيلة إلى المقصود .

---

(١) الضمير يعود إلى قصد المفسدة ، كما يفهم من سياق الكلام .

(٢) الموافقات : ٣٦١/٢ ، ١٩٨/٤ ، تبصرة الحكام : ٣٧٦/٢ ، وانظر ٣٥٧ من نفس المرجع ، فقد عقد فصلا في القضاء بنفي الضرر وسد الذرائع .

والنهي نوعان : أحدهما : ما يكون المنهي عنه مفسدة في نفسه ، والثاني : ما يكون وسيلة إلى المفسدة • فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين • هـ

وهكذا يتقرر لدينا أن القول بسد الذرائع أصل معتمد في الفقه المالكي والفقه الحنبلي •

قال الأستاذ أبو زهرة في كتابه مالك [٤٠٥] تحت عنوان (الذرائع) : هذا أصل من الأصول التي أكثر من الاعتماد عليها في استنباطه الفقهي الإمام مالك رضي الله عنه ، وقاربه في ذلك الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه •

وأما أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى : فلم تذكر كتب أصول مذهبهما شيئا عن رأيهما في هذا ، وذلك أن الباحث في هذا الموضوع يجد أن كتب أصول الحنفية والشافعية لاتتعرض للبحث في هذا الأصل ، وإنما الذي تعرض له بالبحث والتفصيل ، والاحتجاج لاعتباره مدركا لبناء الأحكام كتب أصول المالكية والحنابلة، وخاصة الشاطبي والقرافي وابن القيم •

ولعل هذا هو سبب اشتهار خصوص مذهب المالكية والحنابلة بالقول بسد الذرائع •

والذي تذكره كتب المالكية في الأصول أن أصل الذرائع متفق عليه ، وإنما الخلاف في التسمية ، ومجال التطبيق في الجزئيات •

والذي يؤكد هذا ما ذكره القرافي : أن الذرائع ثلاثة أقسام : قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه ، كحفر الآبار في طرق المسلمين ، فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها ، وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها • وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه ، وأنه ذريعة لاتسد ووسيلة لا تحسم ، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر ، فإنه لم يقل به أحد ، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنا •

وقسم اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا ؟ كبيوع الآجال عندنا : اعتبرنا نحن الذريعة فيها وخالفنا غيرنا ، وحاصل القضية : أننا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا ، لا أنها خاصة بنا • [شرح تنقيح الفصول : ٢٠٠]

ويقول الشاطبي [الموافقات : ٣/٣٠٥] : أما الشافعي فالظن به أنه تم له الاستقراء في سد الذرائع على العموم ، ويدل عليه قوله بترك الأضحية إعلاماً بعدم وجوبها ، وليس في ذلك دليل صريح من كتاب أو سنة ، وإنما فيه عمل جملة من الصحابة ، وذلك عند الشافعي ليس بحجة[١] . لكن عارضه في مسألة بيوع الآجال دليل آخر ، ورجح على غيره فأعمله ، فترك سد الذريعة لأجله ، وإذا تركه لمعارض راجح لم يعد مخالفا .

ويقول : فلا يصح أن يقول الشافعي : إنه يجوز التذرع إلى الربا بحال ، إلا أنه لا يتهم من لم يظهر منه قصد إلى الممنوع ، ومالك : يتهم بسبب ظهور فعل اللغو[٢] ، وهو دال على القصد إلى الممنوع . فقد ظهر أن قاعدة الذرائع متفق على اعتبارها في الجملة ، وإنما الخلاف في أمر آخر .

ويقول أيضا : وأما أبو حنيفة : فإن ثبت عنه جواز إعمال الحيل لم يكن من أصله في بيوع الآجال إلا الجواز ، ولا يلزم من ذلك تركه لأصل سد الذرائع ، وهذا واضح ، إلا أنه نقل عنه موافقة مالك في سد الذرائع فيها ، وإن خالفه في بعض التفاصيل ، وإذا كان كذلك فلا إشكال . هـ

وواضح من كلام الشاطبي أنه يثبت القول بسد الذرائع لدى الشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى .

يقول الأستاذ أبو زهرة : ونحن نميل إلى أن العلماء جميعا يأخذون بأصل الذرائع وإن لم يسموه بذلك الاسم . [مالك : ٤١٦]

موقف الشافعي رحمه الله تعالى من الذرائع :

ذكر الشافعي رحمه الله تعالى في كتابه الأم كلاما مفصلا ظاهره أنه يرد القول

---

(١) مراد الشاطبي : أن هذا دليل على أن الشافعي اخذ بقوله هذا بسد الذرائع.

(٢) لعل المراد باللغو هنا العقد الصوري الذي يتخذ وسيلة إلى تحليل المحرم ، كأن يبيعه شيئاً بمائة إلى أجل ، ثم يشتريه منه بثمانين حالاً مثلاً ، فيكون أقرضه ثمانين ليرد له مائة ، وجعلا عقد البيع ذريعة لتحليل ذلك .

بسد الذرائع ، ويأخذ الناس بما يظهر عليهم من تصرفاتهم ولا يتهمهم بسوء القصد.
وإليك ملخص كلامه ودلائله :

١ ـ القضاء أبدا على الظاهر ، وذلك :

أ ـ أن الله سبحانه وتعالى فرض على الناس اتباع ما أنزل على نبيه وما سنه لهم رسوله ﷺ ، وأن معصية الله تعالى في ترك أمره وأمر رسوله ، ولم يجعل لهم إلا اتباعه .

ب ـ أن الله تعالى أكمل للناس دينهم ، وتولى الحكم فيما أثابهم وعاقبهم عليه ، على ما علم من سرائرهم ، وافقت سرائرهم علانيتهم أو خالفت .

جـ ـ أن الله تعالى أعلم عباده ـ مع ما أقام عليهم من الحجة أنه ليس كمثله أحد في شيء ـ أن علمه بالسر والعلانية واحد ، وعرف جميع خلقه أن لا علم إلا ما علمهم ، ثم مَنّ عليهم بما آتاهم من العلم وأمرهم بالاقتصار عليه ، وأن لا يتولوا غيره إلا بما علمهم .

د ـ أن الله تعالى قال لنبيه ﷺ : « ولا تقف ما ليس لك به علم » /الإسراء : ٣٦/ . وحجب عنه علم الساعة ، وكل العباد أقصر علما من النبي ﷺ ، لأن الله فرض عليهم طاعة نبيه ، ولم يجعل لهم بعد من الأمر شيئا ، فكان أولى أن لا يتعاطوا حكما على غيب أحد ـ لا بدلالة ولا ظن ـ لتقصير علمهم عن علم أنبيائه الذين فرض عليهم الوقف عما ورد عليهم حتى يأتيهم أمره ، وظاهر عليهم الحجج ـ فيما جعل إليهم من حكم الدنيا ـ بأن لا يحكموا إلا بما ظهر من المحكوم عليه ، وأن لا يجاوزوا أحسن ظاهره .

هـ ـ أن الله تعالى أطلع رسوله ﷺ على قوم يظهرون الإسلام ويسرون غيره ، ولم يجعل له أن يحكم عليهم بخلاف حكم الإسلام ، ولم يجعل له أن يقضي عليهم في الدنيا بخلاف ما أظهروا ، بل جعل حكمه عليهم ـ عز وجل ـ على سرائرهم ، وحكم نبيه ﷺ على علانيتهم . وبذلك مضت أحكام رسول الله ﷺ فيما بين العباد من الحدود وجميع الحقوق ، وأعلمهم أن جميع أحكامه على ما يظهرون ، وأن الله يدين بالسرائر .

قال الشافعي بعد تدليله على كل ماسبق : وفي جميع ماوصفت ــ ومع غيره مما استغنيت بما كتبت عنه ، مما فرض الله تعالى على الحكام في الدنيا ــ دليل على أن حراما على حاكم أن يقضي أبدا على أحد من عباد الله إلا بأحسن ما يظهر وأخفه على المحكوم عليه ، وإن احتمل مايظهر منه غير أحسنه ، كانت عليه دلالة بما يحتمل ما يخالف أحسنه وأخفه عليه أو لم تكن .

ثم قال بعد توضيحه الاستدلال على هذا : فمن حكم على الناس بخلاف ماظهر عليهم استدلالا على أن ماأظهروا يحتمل غير ما أظهروا ــ بدلالة منهم أو غير دلالة ــ لم يسلم عندي من خلاف التنزيل والسنة .

وقال : وما وصفت من حكم الله ثم حكم رسوله ﷺ ــ في المتلاعنين أن جاءت به المتلاعنة على النعت المكروه ــ يبطل حكم الدلالة التي هي أقوى من الذرائع ، فإذا أبطل الأقوى من الدلائل أبطل له الأضعف من الذرائع كلها .

٢ ــ لا يفسد العقد إلا ما قارنه :

قال : وهذا يدل على أنه لايفسد عقد أبدا إلا بالعقد نفسه ، ولا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره ولا بتوهم ، ولا بأغلب . وكذلك كل شيء لا نفسده إلا بعقده ، ولا تفسد البيوع بأن يقال : هذه ذريعة ، وهذه نية سوء ، ولو جاز أن نبطل من البيوع ــ بأن يقال : متى خاف أن تكون ذريعة إلى الذي لا يحل ــ كان أن يكون اليقين من البيوع بعقد مالا يحل أولى أن يرد به من الظن .

وضرب لهذا أمثلة فقال :

أ ــ ألا ترى أن رجلا لو اشترى سيفا ، ونوى بشرائه أن يقتل به كان الشراء حلالا ، وكانت النية بالقتل غير جائزة ، ولم يبطل بها البيع ؟ قال : وكذلك لو باع البائع سيفا من رجل يراه أنه يقتل به رجلا كان هكذا .

ب ــ وكذلك لو اشترى فرسا وهو يراها عقوقا[1] ، فقال هو : والله ما اشتريتها بمائة إلا لعقاقها ، وما تسوى لولا العقاق خمسين ، وقال البائع : ماأردت

(١) ذات حمل .

منها العقاق لم يفسد البيع بهذه النية ، إذا انعقدت صفقة البيع على الفرس ، ولم يشترط فيها العقاق . ولو اشترط فيها العقاق فسد البيع ، لأنه بيع مالا يدري أيكون أو لا يكون .

جـ ــ ألا ترى لو أن رجلا شريفا نكح دنية أعجمية ، أو شريفة نكحت دنيا أعجميا ، فتصادقا في الوجهين على أن لم ينو واحد منهما أن يثبتا على النكاح أكثر من ليلة ، لم يحرم النكاح بهذه النية ؟ لأن ظاهر عقدته كانت صحيحة ، إن شاء الزوج حبسها ، وإن شاء طلقها .

ثم قال : فإذا دل الكتاب ثم السنة ثم عامة حكم الإسلام على أن العقود إنما يثبت بالظاهر عقدها ، لا يفسدها نية العاقدين ، كانت العقود إذا عقدت في الظاهر صحيحة أولى أن لا تفسد بتوهم غير عاقدها على عاقدها ثَمّ ، سيما إذا كان توهما ضعيفا ، والله تعالى أعلم[1] . هـ

ويعمم الشافعي رحمه الله تعالى نظره هذا على سائر العقود فيقول : وليس تفسد البيوع أبدا ، ولا النكاح ولا شيء أبدا ، إلا بالعقد ، فإذا عقد عقدا صحيحا لم يفسده شيء تقدمه ولا تأخر عنه ، كما إذا عقد عقدا فاسدا : لم يصلحه شيء تقدمه ولا تأخر عنه ، إلا بتجديد عقد صحيح[2] .

وأخيرا ــ وبعد هذا العرض المختصر لرأي الشافعي رحمه الله تعالى ــ فلعل ما نسب إليه من القول بسد الذرائع ــ بناء على ما وجد في فقهه مما يشير إلى ذلك ــ إنما هو من باب تحريم الوسائل التي تستلزم المتوسل إليه ، لا من باب الذرائع ، كما حققه العطار في حاشيته على شرح المحلي لجمع الجوامع [٣٦٤/٢] إذ يقول :

وأما قاعدة سد الذرائع : فقد اشتهرت عند المالكية ، وزعم القرافي أن كل أحد يقول بها ، ولا خصوصية للمالكية إلا من حيث زيادتهم فيها ، قال : فإن من الذرائع

---

(١) كتاب إبطال الاستحسان من الأم : ٢٦٧/٧ ــ ٢٧٠ .

(٢) الأم : ٣٤/٣ ، وانظر الأم : ٤١/٤ ففيه جلاء لموقف الشافعي من الذرائع يشبه ما ذكر هنا ، كما ان فيه مناقشة لمخالفيه يثبت فيها ضعف مأخذهم .

ما يعتبر إجماعا : كحفر الآبار في طريق المسلمين ، وإلقاء السم في طعامهم ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها ، وتلغى إجماعا : كزراعة العنب فإنها لا تمنع خشية الخمر ، وما يختلف فيه كبيوع الآجال .

قال العطار : قال المصنف ـ أي ابن السبكي ـ : وقد أطلق هذه القاعدة على أعم منها ، ثم زعم أن كل أحد يقول ببعضها ، وسنوضح لك أن الشافعي لا يقول بشيء منها ، وأن ما ذكر أن الأمة أجمعت عليه ليس من مسمى الذرائع في شيء . نعم حاول ابن الرفعة تخريج قول الشافعي رضي الله عنه في باب إحياء الموات من الأم ،عند النهي عن منع الماء ليمنع به الكلأ : إن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل ،وكذا ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله . فقال : في هذا ما يثبت أن الذرائع إلى الحرام والحلال تشبه معاني الحلال والحرام .

قال ابن السبكي : ونازعه الشيخ الإمام الوالد وقال : إنما أراد الشافعي رحمه الله تعالى تحريم الوسائل لا سد الذرائع ، والوسائل تستلزم المتوسل إليه ، ومن هذا منع الماء ، فإنه يستلزم منع الكلأ الذي هو حرام ، ونحن لا نتازع فيما يستلزم من الوسائل ، ولذلك نقول : من حبس شخصا ومنعه من الطعام والشراب فهو قاتل له ، وما هذا من سد الذرائع في شيء .

قال الشيخ الإمام : وكلام الشافعي في نفس الذرائع لا في سدها ، وأصل النزاع بيننا وبين المالكية إنما هو في سدها . هـ

وهذا التحقيق سديد ووجيه ، فالقول بتحريم الوسائل التي تستلزم المحرم المتوسل إليه قائم على أساس يقرب من اليقين ، بينما القول بسد الذرائع قائم ـ في أغلب صوره ـ على الظن والتوهم والتخمين ، وشتان ما بينهما ، ولذلك كان مسلك الشافعي رحمه الله تعالى في عدم أخذ الناس بالتهم وإفساد تصرفاتهم بالظن مسلكا سليما وصحيحا ، يتفق مع ما دلت عليه نصوص الشريعة السمحة من أخذ المكلفين بظواهرهم ، وترك سرائرهم إلى الله تعالى ـ كما أثبت الشافعي بما سقناه لك من كلامه وبيناه في جلاء موقفه ـ وذلك كي تستقر للناس أحوالهم ، ويطمئنوا إلى تصرفاتهم ، طالما أنها لا تصادم الشريعة في ظاهرها ، والله أعلم .

شواهد من فقه الأئمة على العمل بسد الذرائع :

في الفقه المالكي :

شواهد إعمال سد الذرائع عند المالكية أكثر من أن تحصى ، حيث إنهم أعملوه في استنباطاتهم وتخريجاتهم في جميع أبواب الفقه ، وبالغوا في ذلك حتى عد سد الذرائع ــ كما رأينا ــ من خصوصيات مذهب إمام دار الهجرة ، وحمل بعض العلماء على أن وصفهم بالمغالاة في إعمال هذا الأصل[1] .

ومن أبرز تطبيقات سد الذرائع عند المالكية منعهم للعقود التي تتخذ ذريعة إلى أكل الربا ، ومن ذلك :

أ ــ بيوع الآجال : فقد عقد صاحب الشرح الكبير [٣/٧٦] فصلا خاصا تحت هذا العنوان فقال : فصل في بيوع الآجال ، وهي بيوع ظاهرها الجواز ، لكنها تؤدى إلى ممنوع .

ثم قال : ومنع عند مالك ومن تبعه للتهمة ــ أي لأجل ظن قصد ما منع شرعا سدا للذريعة ــ ما ــ أي بيع جائز في الظاهر ــ كثر قصده أي قصد الناس له للتوصل إلى الربا المنوع .

ومثله فعل ابن رشد في كتابه بداية المجتهد [٢/١٤٠] .

ومن أمثلة هذا البيع :

ــ ما يؤدي إلى : أنظرني أزدك ، جاء في الموطأ [٢/٦٧٣] : قال مالك في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار إلى أجل ، فإذا حلت قال له الذي عليه الدين : بعني سلعة يكون ثمنها مائة دينار نقدا بمائة وخمسين إلى أجل ؟ هذا بيع لايصلح ، ولم يزل أهل العلم ينهون عنه .

قال مالك : وإنما كره ذلك ، لأنه إنما يعطيه ثمن ما باعه بعينه ، ويؤخر عنه المائة الأولى إلى الأجل الذي ذكر له آخر مرة ، ويزداد عليه خمسين دينارا في تأخيره

---

(١) انظر سد الذرائع : ٤٦٠ ــ ٤٨٠ فقد نقل شواهد كثيرة عن مختلف كتب المذهب في مختلف الأبواب ، وانظر بداية المجتهد : ٢/١٢٧ وما بعدها و ٢٠٣ وما بعدها .

عنه ، فهذا مكروه ولا يصلح • وهو أيضا يشبه حديث زيد بن أسلم في بيع أهل الجاهلية • وحديث زيد هو أنه قال : كان الربا في الجاهلية : أن يكون للرجل على الرجل الحق إلى أجل ، فإذا حل الأجل قال : أتقضي أم تُربي ؟ فإن قضى أخذ ، وإلا زاده في حقه وأخر عنه في الأجل •

ولبيوع الآجال أمثلة كثيرة مبسوطة في كتب المذهب •

ب ـ ما يؤدي إلى بيع المال الربوي متفاضلا : ومثاله أن يبيع صنفا وسطا في الجودة بصنفين أحدهما أجود والآخر أردأ •

جاء في الموطأ [٦٤٧/٢] : قال مالك : لا يصلح مد زبد ومد لبن بمدي زبد ، وهو مثل الذي وصفنا من التمر الذي يباع صاعين من كبيس وصاعا من حشف بثلاثة أصوع من عجوة ، حين قال لصاحبه : إن صاعين من كبيس بثلاثة أصوع من العجوة لا يصلح ، ففعل ذلك ليجيز بيعه ، وإنما جعل صاحب اللبن اللبن مع زبده ليأخذ فضل زبده على زبد صاحبه حين أدخل معه اللبن • [وانظر الموطأ : ٦٣٩/٢]

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١٣٩/٢] : فإن مالكا يرد هذا ، لأن يتهمه أن يكون إنما قصد أن يدفع مدين من الوسط في مد من الطيب ، فجعل معه الرديء ذريعة إلى تحليل ما لا يجب من ذلك • هـ

ومثله المراطلة ، وهي : بيع النقد بصنفه وزنا ، لا تجوز عند مالك إذا اختلفت صفة الذهبين في الجودة والرداءة •

جاء في الموطأ [٦٣٨/٢] : في الرجل يراطل الرجل ويعطيه الذهب العتق الجياد، ويجعل معه تبرا ذهبا غير جيدة ، ويأخذ من صاحبه ذهبا كوفية مقطعة ، وتلك الكوفية مكروهة عند الناس ، فيتبايعان ذلك مثلا بمثل ، إن ذلك لا يصلح •

قال مالك : وتفسير ما كره من ذلك : أن صاحب الجياد أخذ فضل عيون ذهبه في التبر الذي طرح مع ذهبه ، ولولا فضل ذهبه على ذهب صاحبه لم يراطله صاحبه بتبره ذلك إلى ذهبه الكوفية ، فامتنع •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١٩٧/٢] : وعمدة مذهب مالك ــ في منعه ذلك ــ الاتهام ، وهو مصير إلى القول بسد الذرائع ، وقال : مثال ذلك : أن إنسانا قال لآخر خذ مني خمسة وعشرين مثقالا وسطا بعشرين من الأعلى ، فقال : لا يجوز لنا هذا ، ولكن أعطيك عشرين من الأعلى وعشرة أدنى من ذهبك ، وتعطي أنت ثلاثين من الوسط ، فتكون العشرة الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك ، ويقابل العشرين من ذهبي الوسط العشرين من ذهبك الأعلى •

قال مالك : فلا ينبغي أن يجعل مع الصنف الجيد ــ من المرغوب فيه ــ الشيء الرديء المسخوط ليجاز البيع ، وليستحل بذلك ما نهي عنه من الأمر الذي لا يصلح ، إذا جعل ذلك مع الصنف المرغوب فيه ، وإنما يريد صاحب ذلك أن يدرك بذلك فضل جودة ما يبيع •

ج ــ في الشركة والتولية : جاء في الموطأ [٦٧٧/٢] : قال مالك في الرجل يقول للرجل : اشتر هذه السلعة بيني وبينك ، وانقد عني ، وأنا أبيعها لك • إن ذلك لا يصلح حين قال : انقد عني وأنا أبيعها لك ، وإنما ذلك سلف يسلفه إياه على أن يبيعها له ، ولو أن تلك السلعة هلكت أو فاتت أخذ ذلك الرجل الذي نقد الثمن من شريكه ما نقد عنه ، فهذا من السلف الذي يجر منفعة •

د ــ القراض بالدين : جاء في الموطأ [٦٨٩/٢] : قال مالك : إذا كان لرجل على رجل دين فسأله أن يقره عنده قراضا ، إن ذلك يكره حتى يقبض ماله ثم يقارضه بعد أو يمسك • وإنما ذلك مخافة أن يكون أعسر بماله ، فهو يريد أن يؤخر ذلك على أن يزيده فيه •

هـ ــ تأجيل الصداق : قال في الشرح الكبير [٣٠٩/٢] : والأجل في الصداق ، أي يكره تأجيله بأجل معلوم ولو إلى سنة ، لئلا يتذرع الناس إلى النكاح بغير صداق ، ويظهرون أن هنالك صداقا مؤجلا • هـ

وغير ذلك من الأمثلة كثير في مختلف أبواب الفقه ، وسنبين بعضها إن شاء الله تعالى عند الكلام عن الفروع التي انبنت على هذا الأصل •

في الفقه الحنبلي :

ذكرنا سابقا:أن الحنابلة يأتون في الدرجةالثانية بعد المالكية عملا بسد الذرائع، ولذلك نجد أيضا لديهم الكثير من المسائل التي اعتمدوا فيها على هذاالأصل ، وإليك ذكر بعض هذه المسائل :

أ ــ منعهم العقود المؤدية إلى الربا :

منها : اشترى نسيئة ما باعه نقدا : قال ابن قدامة : وإن باع سلعة بنقد ، ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة ، فقال أحمد في رواية حرب : لايجوز ذلك إلا أن يغير السلعة ، لأن ذلك يتخذه وسيلة إلى الربا ، فأشبه مسألة العينة[1] .

قال : ويحتمل أن يجوز له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه ، إلا أن يكون ذلك عن مواطأة أو حيلة فلا يجوز ، وإن وقع ذلك اتفاقاً من غير قصد جاز ، لأن الأصل حل البيع ، وإنما حرم في مسألة العينة بالأثر الوارد فيه ، وليس هذا في معناه ، ولأن التوسل بذلك أكثر ، فلا يلتحق به مادونه ، والله أعلم .

ومنها :ما يؤدي إلى بيع الطعام بالطعام نسيئة : قال ابن قدامة : ومن بـاع طعاماً إلى أجل،فلما حل الأجل أخذ منه بالثمن الذي في ذمته طعاماً قبل قبضه،لم يجز .

قال : ووجه ذلك : أنه ذريعة إلى بيع الطعام بالطعام نسيئة ، فحرم كمسألـة العينة ، فعلى هذا : كل شيئين حرم النساء فيهما ، لا يجوز أن يأخذ أحدهما عوضاً عن الآخر قبل قبض ثمنه إذا كان البيع نساء ، نص أحمد على ما يدل على هذا .

قال ابن قدامة : والذي يقوى عندي جواز ذلك ، إذا لم يفعله حيلة ، ولا قصد ذلك في ابتداء العقد . [المغني : ٤/١٣٣ ــ ١٣٤] .

ب ــ الوصية للمخالعة في مرض الموت :

إذا خالع الزوج امرأته وهو في مرض الموت صح خلعه ، فإذا أوصى لها بعد ما خالعها : فإن كان ما أوصى لها به أقل مما كانت تستحقه بالإرث لو كانت زوجة

---

(١) وهي أن يشتري ما باعه إلى أجل بأقل مما باعه نقداً . انظر ص : ٣٨٣ .

أو مثله ، صحت الوصية واستحقتها ، وإن كانت الوصية أكثر مما كانت تستحقه بالإرث فلا تلزم الوصية إلا بمقداره ، لأنه يتهم أنه اتخذ الخلع والوصية ذريعة ليوصل إليها أكثر من حقها ، ويدخل الضرر بذلك على بقية الورثة •

قال الخرقي : ولو خالعها في مرض موته ، وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث ، فللورثة ألا يعطوها أكثر من ميراثها • قال ابن قدامة : لأنه اتهم في أنه قصد إيصال ذلك إليها ، لأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهي في حباله ، فطلقها ليوصل ذلك إليها ، فمنع منه ، كما لو أوصى لوارث •[المغني ٧/ ٣٥٦] •

جـ ـ منعهم العقود التي تؤدي إلى الحيل :

من تطبيقات الحنابلة لأصل سد الذرائع تحريمهم للحيل ، حيث إنها تناقض سد الذرائع •

قال ابن القيم [إعلام الموقعين : ٣/١٧١] : وتجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة ، فإن الشارع يسد الطريق إلى المفاسد بكل ممكن ،والمحتال يفتح الطريق إليها بحيلة ، فأين من يمنع من الجائز خشية الوقوع في المحرم إلى من يعمل الحيلة في التوصل إليه • هـ

ولذلك منعوا كل فعل قصد بهصاحبه أمراً محظوراً،أو كان ظاهره انه قصدذلك:

ومثال هذا : عدم قطع الثمرة المشتراة حتى يبدو صلاحها •

اتفق الفقهاء ـ على أنه إذا اشترى الثمرة قبل بدو صلاحها ، بشرط تركها على الشجر حتى يبدو صلاحها ـ أن ذلك البيع باطل•وأنه إذا اشتراها بشرط القطع جاز ، فإذا تركها حتى بدا صلاحها : بطل البيع على الأصح من الروايتين عن أحمد لأنه يتهم أنه قصد بشرط القطع في الحال التحيل ـ بالتواني والتساهل ـ على الإبقاء حتى يبدو صلاح الثمر ، فيكون توصل إلى تجويز شراء الثمر قبل بدو الصلاح مع شرط الترك ، وهذا باطل •

قال الخرقي : فإن تركها حتى يبدو صلاحها بطل البيع • قال ابن قدامة : اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها ، فتركها حتى بدا صلاحها : فنقل عنه حنبل وأبو طالب : أن البيع يبطل ، قال القاضي : هي أصح • قال : ونقل أحمد بن سعيد : أن البيع لا يبطل • هـ

وقال في تعليل رواية البطلان : لأن صحة البيع تجعل ذلك ذريعة إلى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ، وتركها حتى يبدو صلاحها ، ووسائل الحرام حرام كبيع العينة •

وقال بعد مناقشة الروايتين والأدلة وكيف يتصرف في الثمرة : وهذا فيما إذا لم يقصد وقت الشراء تأخيره ، ولم يجعل شراءه بشرط القطع حيلة على المنهي عنه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ، ليتركها حتى يبدو صلاحها ، فأما إن قصد ذلك **فالبيع باطل من أصله ، لأنه حيلة محرمة** • [المغني : ٤/ ٦٥ ــ ٦٧]

د ــ الشراء ممن يرخص في السلع :

نقل عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى : أنه كان يكره الشراء ممن يرخص السلع ، ليمنع الناس من الشراء من جاره ، وقد ورد نهي النبي ﷺ عن طعام المتباريين [أبو داود : ٣٠٩/٣] • وهما الرجلان يقصد كل منهما مباراة الآخر في التبرع ، والذي يرخص في السعر للإضرار يشبه هذا ، بل هو أشد قبحاً ، لأنه يعمد إلى الإضرار بغيره •

قال ابن القيم : ونص الإمام أحمد على كراهية الشراء من هؤلاء ، وهذا النهي يتضمن سد الذريعة من وجهين :

أحدهما : أن تسليط النفوس على الشراء منهما وأكل طعامهما تفريح لهما ، وتقوية لقلوبهما ، وإغراء لهما على فعل ما كرهه الله ورسوله •

الثاني : أن ترك الأكل من طعامهما ذريعة إلى امتناعهما وكفهما عن ذلك • [إعلام الموقعين : ١٦٩/٣ ، ابن حنبل : ٣٢١ ، سد الذرائع : ٤٨٥]

هـ ـ منع الإنسان الطعام والشراب حتى يموت :

إذا احتاج إنسان لطعام غيره ــ وهو مستغن عنه ــ فمنعه منه حتى مات جوعاً: فقد أفتى الإمام أحمد رحمه الله تعالى بوجوب الدية على المانع ، لأن منعه كان وسيلة موته ، وذلك سداً لذريعة الشر والفساد ، ولبث روح التعاون بين الناس ٠

قال ابن قدامة : وإن اضطر إلى طعام وشراب لغيره فطلبه منه ، فمنعه إياه ــ مع غناه عنه في تلك الحال ــ فمات بذلك ، ضمنه المطلوب منه ٠

قال : لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك ، ولأنه إذا اضطر إليه صار أحق به ممن هو في يده ، وله أخذه قهراً ، فإذا منعه إياه تسبب إلى إهلاكه بمنعه ما يستحقه ، فلزمه ضمانه ٠ [المغني : ٨/٤٣٣ ، ابن حنبل : ٣١٨]

في فقه الحنفية :

من تطبيقات العمل بسد الذرائع عند الحنفية :

أ ـــ صوم يوم الشك :

وهو اليوم الذي يشك الناس فيه : هل هو من رمضان أو من شعبان ٠

المختار عند الحنفية استحباب صوم المفتي ليوم الشك ، ويفعله سراً حتى لا يتهم بالعصيان ، ويفتي الناس بالإفطار حسماً لمادة اعتقاد الزيادة ٠

قال ابن الهمام : المختار أن يصوم المفتي بنفسه أخذاً بالاحتياط ، ويفتي العامة بالتلوم إلى وقت الزوال ثم بالإفطار ، حسماً لمادة اعتقاد الزيادة ، ويصوم فيه المفتي سراً لئلا يتهم بالعصيان ، فإنه أفتاهم بالإفطار بعد التلوم لحديث العصيان[1] ، وهو مشتهر بين العوام ، فإذا خالف إلى الصوم اتهموه بالمعصية ٠ هـ

---

(١) حديث العصيان : هو ما ذكر من قوله ﷺ : (من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم) . قال ابن الهمام : وإنما ثبت موقوفاً على عمار ، ذكره البخاري تعليقاً عنه [البخاري : ٣/٣٤ ، فتح القدير : ٢/٥٤] .

ودليل الاستحباب ـ على ما ذكره ابن الهمام ـ ما في الصحيحين أنه ﷺ قال لرجل : (هل صمت من سرر شعبان[1] ؟ قال : لا • قال : فإذا أفطرت فصم يوماً مكانه) [انظر البخاري : ٣/٥٤] •

فأمر العامة بالإفطار بعد الزوال : حتى لا يكون الصوم ذريعة لاعتقادهم الزيادة ، وأن يلحقوا بالفريضة ما ليس منها •

وأما طلب الإسرار بصومه من الإمام وغيره من الخاصة : حتى لا يكون ذريعة لاتهامهم بمخالفة نهي النبي ﷺ عن صوم يوم الشك •

وهذا تطبيق عملي لسد الذرائع ، اختاره علماء المذهب ، وفعله أئمتهم • [فتح القدير : ٢/٥٥ ـ ٥٧ ، وانظر سد الذرائع : ٤٩٣]

ب ـ الحداد على البائن والمتوفى عنها زوجها :

قال في بداية المبتدي : وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها ـ إذا كانت بالغة مسلمة ـ الحداد ، وقال : والحداد : أن تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب إلا من عذر • قال صاحب العناية : والمعنى في إيجاب ترك الطيب والزينة وجهان :

ـ أحدهما : ما ذكرناه من إظهار التأسف •

ـ والثاني : أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها ، لأن المرأة إن كانت متزينة متطيبة تزيد رغبة الرجل فيها ، وهي ممنوعة عن النكاح ما دامت في عدة الوفاة أو الطلاق ، فتجتنبها كي لا تصير ذريعة ـ أي وسيلة ـ إلى الوقوع في المحرم وهو النكاح • [الهداية وشروحها : ٣/٢٩١ ـ ٢٩٤] •

جـ ـ إقرار المريض :

إذا أقر الرجل بدين ـ وهو في مرض الموت ـ فإنه يتهم أنه قصد بهذا الإقرار إبطال حق الغير ، ولذلك لا يكون هذا الإقرار ملزماً كما لو كان في حال الصحة • وهذه بعض الصور :

---

(١) آخر ليلة منه ، لأنها يستتر فيها الهلال بنور الشمس .

١ ــ أقر بدين في مرضه وعليه دين في الصحة : قدم دين الصحة ، وكذلك الدين الذي لزمه حال المرض بأسباب معلومة ــ كبدل مال ملكه أو استهلكه ، ومهر مثل امرأة تزوجها ــ تقدم هذه الديون على ما أقر به من ديون غير معلومة الأسباب، وذلك لأنه يتهم أنه قصد بإقراره مضايقة الغرماء •

قال في بداية المبتدي : وإذا أقر الرجل في مرض موته بديون ، وعليه ديون في صحته ، وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة ، فدين الصحة و الديـن المعروف الأسباب مقدم •

قال في الهداية مستدلا لهذا : ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير ، وفي إقرار المريض ذلك ، لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ، ولهذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث • [الهداية وشروحها : ٧/٢ ــ ٣] •

٢ ــ أقر لغير وارث ثم أصبح وارثاً : فيبطل الإقرار بسبب تهمة الإيثار •

قال في الهداية [٤٦٠/٨] : وإذا أقر المريض لابنه بدين ــ وابنه نصراني ــ أو وهب له ، أو أوصى له ، فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله •

أما الهبة والوصية : فلما قلنا إنه وارث عند الموت ، وهما إيجابان عنده أو بعده • والإقرار ــ وإن كان ملزماً بنفسه ــ ولكن سبب الإرث ــ وهو البنوة ــ قائم وقت الإقرار ، فيعتبر في إيراث تهمة الإيثار •

٣ ــ الإقرار لمن طلقها في الصحة : إذا تصادق المريض وزوجته على أنـه طلقها ثلاثاً في الصحة وانقضت عدتها ، ثم أقر لها بدين ، وأوصى لها بشيء ، ينظر : فإن كان ما أقر به أو أوصى أقل من الميراث الذي كانت تستحقه لو كانت زوجـة أعطيته ، وإن كان أكثر أعطيت قدر الميراث، وذلك لتهمة أنه تواضع معها على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليعطيها زيادة على ميراثها ، وهذه التهمة في الزيادة فقط فترد•

قال في الدر المختار [٣٩٢/٢] : تصادقا ــ أي المريض مرض الموت والزوجة ــ على ثلاث في الصحة ، وعلى مضي العدة ، ثم أقر لها بدين أو عين ، أو أوصى لهـا بشيء ، فلها الأقل منه ــ أي مما أقر أو أوصى ــ ومن الميراث ، للتهمة •

في الفقه الشافعي :

أمثلة من فقه الشافعية ظاهرها العمل بمبدأ سد الذرائع منها :

١ ــ إخفاء الجماعة للمعذورين في ترك الجمعة :

المعذورون في ترك الجمعة ــ كالمرضى والمسافرين ــ يصلون الظهر مكانها جماعة أو فرادى ، واستحب الشافعي رحمه الله تعالى لهم إخفاء الجماعة ، سداً لذريعة التهمة في تركهم لصلاة الجمعة .

قال النووي : قال الشافعي والأصحاب : ويستحب للمعذورين الجماعة في ظهرهم ، وحكى الرافعي : أنه لايستحب لهم الجماعة ، لأن الجماعة المشروعة هذا الوقت الجمعة. قال النووي : والمذهب الأول، كما لو كانوا في غير البلد،فإن الجماعة تستحب في ظهرهم بالإجماع . وقال : فعلى هذا قال الشافعي : أستحب لهم إخفاء الجماعة ، لئلا يتهموا في الدين ، وينسبوا إلى ترك الجماعة تهاوناً[1] .

٢ ــ المفطر بعذر في رمضان لا يجهر بفطره :

المسافر والمريض ــ إذا أفطرا في رمضان بسبب السفر والمرض ــ يستحب لهما أن لا يأكلا عند من يجهل عذرهما ، سداً لذريعة التهمة بالفسوق والمعصية .

قال في المهذب [٢٨٧/٦] : فإن قدم المسافر وهو مفطر ، أو برىء المريض وهو مفطر ، استحب لهما إمساك بقية النهار لحرمة الوقت ، ولا يجب ذلك لأنهما أفطرا بعذر ، ولا يأكلان عند من لا يعرف عذرهما ، لخوف التهمة والعقوبة .

٣ ــ تضمين الأجير المشترك :

الصحيح عند الشافعي رحمه الله تعالى : أن الأجير لا يضمن مطلقاً ، خاصاً كان أو مشتركاً ، ويروي الربيع أنه كان لا يبوح بهذا خوفاً من ضياع أموال الناس.

---

(١)المجموع : ٣٦٣/٤ وهكذا في النسخة : الجماعة ، ولعلها : الجمعة ، كما يفهم من السياق وتدل عليه كتب المذهب . انظر مغني المحتاج : ٢٧٩/١ ، والمهذب : ٤٠٨/١ ، وانظر سد الذرائع : ٤٩٨ .

جاء في الأم [٣/٢٦٤] : قال الربيع : الذي يذهب إليه الشافعي ــ فيما رأيت ــ أنه لا ضمان على الصناع إلا ما جنت أيديهم، ولم يكن يبوح بذلك خوفاً من الضياع • هـ

وهذا من الشافعي رحمه الله تعالى ظاهره العمل بسد الذرائع ، حيث امتنع عن فتوى الناس بما يرى صحته ، حتى لا يتخذها الفجار ذريعة لتضييع الأموال ، بالتهاون في حفظها والعناية بها •

٤ ــ إقرار المحجور عليه بالدين :

من تطبيقات سد الذرائع عند الشافعية ــ حسب الظاهر ــ حكمهم بعدم لزوم إقرار المحجور عليه بدين لزمه قبل الحجر في حق الغرماء ، لأنه قد يتخذه ذريعة إلى التصرف بأمواله عن مواطأة وحيلة •

وفي هذا يقول الشيرازي في المهذب [١٣/٢٨٥] : وإن أقر ــ يعني المحجور عليه ــ بدين لزمه قبل الحجر لزم الإقرار في حقه ، وهل يلزم في حق الغرماء؟ فيه قولان:

أحدهما : لا يلزم، لأنه متهم ، لأنه ربما واطأ المقر له ليأخذ ما أقر به ويرد عليه •

والثاني : أنه يلزمه ، وهو الصحيح • هـ

والملاحظ هنا : أن الذريعة والتهمة علل بها على القول المقابل للصحيح •

٥ ــ قضاء القاضي بعلمه :

من المقرر لدى الشافعي رحمه الله تعالى : أن القاضي يقضي بعلمه ، ولكنه كان يكره الكلام بهذا بعد ما فسد القضاة ، سداً لذريعة الجَوْر على الناس •

قال في الأم [٧/٤٤] : إذا كان القاضي عدلا ، فأقر رجل بين يديه بشيء ، كان الإقرار عنده أثبت من أن يشهد عنده كل من يشهد ، لأنه قد يمكن أن يشهدوا عنده بزور ، والإقرار عنده ليس فيه شك ، وأما القضاة اليوم فلا أحب أن أتكلم بهذا كراهية أن أجعل لهم سبيلا إلى أن يجوروا على الناس ، والله تعالى الموفق •

٦ ـ حرمان القاتل من الميراث :

ومما يذكر من صور سد الذرائع عندهم : تصحيحهم للقول بحرمان القاتل من الميراث بكل حال ، سواء كان القتل مضموناً أو غير مضمون ، وسواء كان القاتل متهماً بتعجيل الميراث أو غير متهم ، حسماً للباب وسداً لذريعته .

قال في المهذب [١٥/٢١٦] : واختلف أصحابنا فيمن قتل مورثه :

فمنهم من قال : إن كان القتل مضموناً لم يرثه ، لأنه قتل بغير حق . وإن لم يكن مضموناً ورثه ، لأنه قتل بحق ، فلا يحرم به الإرث .

ومنهم من قال : إن كان متهماً كالمخطىء ، أو حاكماً فقتله في الزنا بالبينة ، لم يرثه ، لأنه متهم في قتله لاستعجال الميراث . وإن كان غير متهم ـ بأن قتله بإقراره بالزنا ـ ورثه ، لأنه غير متهم لاستعجال الميراث .

ومنهم من قال : لا يرث القاتل بحال ، وهو الصحيح ، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ قال : (لا يرث القاتل شيئاً) .
[الترمذي : ٣/٢٨٨ ، ابن ماجه : ٢/٨٨٣ ، أبو داود : ٢/٤٩٦]

ولأن القاتل حرم الإرث حتى لا يجعل ذريعة إلى استعجال الميراث ، فوجب أن يحرم بكل حال سداً للباب . هـ

٧ ـ من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه :

قيل : إن من أبرز الشواهد على العمل بسد الذرائع عند الشافعية تقريرهم هذه القاعدة وتفريعهم الفروع عليها .

قال السيوطي بعد ذكره لها : من فروعها : إذا خللت الخمرة بطرح شيء فيها لم تطهر ، ونظيره : إذا ذبح الحمار ليؤخذ جلده لم يجز ، كما جزم به في الروضة . قال بعضهم : قياسه : أنه لو دبغ لم يطهر ، لكن صرح القمولي في الجواهر بخلافه .

ومنها : حرمان القاتل الإرث .

ومنها : ذكر الطحاوي في مشكل الآثار : أن المكاتب إذا كانت له قدرة على

الأداء ، فأخره ليدوم له النظر إلى سيدته لم يجز له ذلك ، لأنه منع واجباً عليه ليبقى له ما يحرم عليه إذا أداه ، ونقله عنه السبكي في شرح المنهاج وقال : إنه تخريج حسن لا يبعد من جهة الفقه •

قال السيوطي بعد ذكر الصور الخارجة عن القاعدة :

تنبيه : إذا تأملت ما أوردناه علمت أن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر من الداخلة فيها ، بل في الحقيقة لم يدخل فيها غير حرمان القاتل الإرث •

وأما تخليل الخمر : فليست العلة في الاستعجال على الأصح ، بل تنجيس الملاقي له ، ثم عوده عليه بالتنجيس •

وأما مسألة الطحاوي : فليست من الاستعجال في شيء ، وكنت أسمع شيخنا ــ قاضي القضاة علم الدين البلقيني ــ يذكر عن والده : أنه زاد في القاعدة لفظاً لا يحتاج معه إلى الاستثناء ، فقال : من استعجل شيئاً قبل أوانه ، ولم تكن المصلحة في ثبوته ، عوقب بحرمانه • [الأشباه والنظائر ١٦٩ ــ ١٧١] •

والذي يظهر من هذه الأمثلة : أن الشافعية إذا ذكروا التهمة والذريعة فإنما يذكرونها من باب الاستئناس لا من باب الاستدلال ، وعلى سبيل الاستحباب أو الحيطة ، لا على سبيل المنع أو الإلزام ، حيث إننا نجد لهم في كل مسألة ــ ذكروا فيها الذرائع ــ دليلا آخر هو عمدتهم فيها •

عمدة القول بسد الذرائع :

استدل العلماء ــ للقول بسد الذرائع ــ بشواهد كثيرة من الكتاب والسنة وعمل الصحابة ، تثبت هذا الأصل وتشهد للعمل به ،وممن أجاد وأفاض في الاستدلال له ابن قيم الجوزية في إعلام الموقعين ، حيث إنه ذكر تسعة وتسعين وجهاً من الكتاب والسنة وعمل الصحابة تدل على منع الذرائع • فقد قال بعد تحريره محل الخلاف فيها : الدلالة على المنع من وجوه : ثم ذكر هذه الوجوه ، ثم قال : ولنقتصر على هذا العدد من الأمثلة ، الموافق لأسماء الله الحسنى التي من أحصاها دخل الجنة ،

تفاؤلا بأنه من أحصى هـذه الوجوه وعلم أنها من الدين وعمل بها دخل الجنة ، إذ قد يكون قد اجتمع له معرفة أسماء الرب تعالى ومعرفة أحكامه ، ولله وراء ذلك أسماء وأحكام[1] .

وما ذكره غيره من وجوه داخل فيما ذكره ، بل هو جزء قليل منه ، وإليك ذكر أبرز هذه الأدلة :

١ ـ من الكتاب :

ـ قوله تعالى : « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم كذلك زينا لكل أمة عملهم ثم إلى ربهم مرجعهم فينبئهم بما كانوا يعملون » . / الأنعام : ١٠٨ / .

فحرم الله تعالى سب آلهة المشركين ـ مع كون السب غيظاً لهم وحمية لله وإهانة لأصنامهم ـ لكونه ذريعة إلى أن يسبوا الله تعالى ، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم . وهذا كالتنبيه ـ بل كالتصريح ـ على المنع من الجائز لئلا يكون سبباً في فعل ما لا يجوز .

ـ قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا واسمعوا وللكافرين عذاب أليم » / البقرة : ١٠٤ /[2].

نهى الله سبحانه وتعالى المؤمنين أن يقولوا هذه الكلمة ـ مع أن قصدهم كان حسناً ـ لئلا يكون ذلك ذريعة إلى أن يقولها اليهود للنبي ﷺ تشبهاً بالمسلمين، ولكنهم يقصدون بها غير ما يقصده المسلمون ، وإنما يسبون بها النبي ﷺ .

---

(١) إعلام الموقعين : ٣/١٤٩ ـ ١٧١ ، وانظر : الموافقات : ٢/٣٦٢ ، ٣/٣٠٤ ، ٤/٢٠٠ . وانظر أيضاً : سد الذرائع : ٢٥٠ ـ ٣٧٦ ، فقد ذكر المؤلف : تسعة مباحث بين فيها مظاهر سد الذرائع وشواهدها من الكتاب الكريم ، وستة عشر مبحثاً بين فيها مظاهر سد الذرائع وشواهدها في السنة ، وثلاثة وأربعين مبحثاً بين فيها شواهد سد الذرائع في فقه الصحابة والتابعين .

(٢) راعنا : أي ارعنا سمعك ، وكان اليهود يقولونها ويقصدون بها وصفه بالرعونة ، وهي الحماقة والطيش .

ـ قوله تعالى : « ذلك بأنهم لا يصيبهم ظمأ ولا نصب ولا مخمصة في سبيل الله ولا يطؤون موطئاً يغيظ الكفار ولا ينالون من عدو نيلا إلا كتب لهم به عمل صالح إن الله لا يضيع أجر المحسنين »[1] / التوبة : ١٢٠ / ٠

قال القرافي : وينبه على اعتبار الوسائل قوله تعالى (فذكر الآية) ثم قال : فأثابهم الله على الظمأ والنصب ــ وإن لم يكونا من فعلهم ــ لأنهما حصلا لهم بسبب التوسل إلى الجهاد ، الذي هو وسيلة لإعزاز الدين وصون المسلمين ، فالاستعداد وسيلة إلى الوسيلة ٠

٢ ــ من السنة :

ــ أن النبي ﷺ كان يكف عن قتل المنافقين ــ مع كونه مصلحة ــ لئلا يكون ذريعة إلى تنفير الناس عنه وقولهم : إن محمداً يقتل أصحابه ، فإن هذا القول يوجب النفور عن الإسلام ممن دخل فيه ومن لم يدخل فيه ، ومفسدة التنفير أكبر من مفسدة ترك قتلهم ، ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل ٠

ــ أن النبي ﷺ منع المقرض من قبول الهدية من المدين إلا أن يحسبها من دينه ، وما ذاك إلا لئلا يتخذ ذريعة إلى تأخير الدين لأجل الهدية فيكون ربا ، فإنه يعود إليه ماله ، وقد اكتسب الفضل الذي آل إليه بالإهداء ، فيكون قد استفاد بسبب القرض ، وهو الربا ٠

٣ ــ من فتاوى الصحابة :

ــ أن السابقين الأولين ــ من المهاجرين والأنصار ــ ورثوا المطلقة المبتوتة في مرض الموت ، حيث يتهم المطلق بقصد حرمانها من الميراث ، وإن لم يقصد الحرمان ، لأن الطلاق ذريعة إليه ٠

ــ أن الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على قتل الجماعة بالواحد ، وإن كان أصل القصاص يمنع ذلك ، لأن من معنى القصاص المساواة ، وإنما قالوا بذلك لئلا يكون عدم القصاص منهم ذريعة إلى التعاون على سفك الدماء ٠

[إعلام الموقعين : ١٤٩/٣ ، شرح تنقيح الفصول : ٢٠٠ ، تبصرة الحكام : ٣٧٦/٢]

---

(١) نصب : تعب . مخمصة : جوع شديد . نيلاً : غنيمة او قتلاً او أسراً .

الفصل الثاني

أثر القول بسد الذرائع
في الفقه الإسلامي

وفيه المسائل التالية :

١ ـ مات وعليه زكاة لم يؤدها .

٢ ـ اشتراك الجماعة في الصيد .

٣ ـ بيع الحيوان بالحيوان .

٤ ـ حكم السلم إذا تعذر تسليم المسلم فيه .

٥ ـ اشترى طعاماً من رب السلم ليوفيه المسلم فيه .

٦ ـ بيع المسلم فيه قبل قبضه .

٧ ـ الإقالة من بعض المسلم فيه .

٨ ـ الإقالة مع تأخير رأس مال السلم .

٩ ـ الإقالة على الزيادة والنقصان .

١٠ ـ الشراء برأس مال السلم بعد الإقالة وقبل القبض .

١١ ـ نكاح المريض مرض الموت .

١٢ ـ شهادة الأصول والفروع .

١٣ ـ شهادة الزوجين .

١٤ ـ قضاء القاضي بعلمه .

١٥ ـ القضاء لمن يتهم عليه .

لقد انبنى على الخلاف ــ في اعتبار الذرائع والقول بسدها وعدم اعتبارها ، وعلى التوسع بالأخذ بها والتضييق في اعتبارها ــ خلاف بين الفقهاء في كثير من الفروع الفقهية ، فبينما بعضهم يحكم على تصرفات تبدر من المكلف بالبطلان والفساد ويمنع ترتب آثارها عليها ، نجد الفريق الآخر يحكم عليها بالصحة والجواز ، ويبني عليها آثارها المعتبرة شرعا .

وهكذا نجد أثر هذا الدليل والاختلاف فيه ظاهرا في كثير من أبواب الفقه الإسلامي ، وفي هذا الفصل بعض المسائل الفقهية الفرعية التي تبرز هذا الأثر .

المسألة الأولى : مات وعليه زكاة لم يؤدها :

اختلف الأئمة فيمن وجبت عليه زكاة ومات ولم يؤدها :

١ ــ فذهب مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : إلى أنه إن أوصى بها لزم الورثة إخراجها من الثلث ، وإن لم يوص بها لم يلزمهم شيء .

قال في بداية المجتهد [٣٣١/٢] : فقال : مالك : إذا لم يوص بها لم يلزم الورثة إخراجها ، وإذا وصى بها ــ فعند مالك ــ يلزم الورثة إخراجها ، وهي عنده من الثلث .

وقال صاحب العناية [٤٦٦/٨] : اعلم أن من مات وعليه حقوق الله تعالى ــ من صلاة أو صيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو نذر أو صدقة ــ نظر : فإما أن يوصي بها أولا ؟ فإن كان الثاني ، لم تؤخذ من تركته ، ولم تجبر الورثة على إخراجها ، لكن لهم أن يتبرعوا بذلك . وإن كان الأول : ينفذ من ثلث ماله عندنا .

٢ ــ وذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى أنه يلزم الورثة إخراجها من جميع التركة ، أوصى بها أم لم يوص .

قال في الأم [١٣/٢] : وإذا مات الرجل وقد وجبت في ماله زكاة ، وعليه دين ، وقد أوصى بوصايا ، أخذت الزكاة من ماله قبل الدين والميراث والوصايا .

وقال ابن قدامة [المغني : ٢/٥٠٩] : ولا تسقط الزكاة بموت رب المـال ، وتخرج من ماله وإن لم يوص بها .

الأدلــة :

١ ــ الظاهر أن عمدة مالك رحمه الله تعالى ــ في عدم لزوم شيء إذا لم يوص بها ــ سد الذريعة ، وذلك : أنه إذا لزمت الورثة ، أدى هذا لأن يترك الإنسان أداء زكاة ماله طول عمره ، اعتمادا على أن ورثته سيخرجونها بعد موته ، وربما يتخذ ذلك ذريعة للإضرار بهم . وكذلك الأمر ــ إذا أوصى بها ــ فإنه أيضا يتهم على الورثة ، في توصيته بإخراجها ، ولذلك تجعل من جنس الوصايا فتخرج من الثلث .

وأيضا لو أجيز هذا لجاز للإنسان أن يؤخر جميع زكاته طول عمره ، حتى إذا دنا من الموت وصى بها . [بداية المجتهد : ٢/٣٣٢]

٢ ــ وحجة الحنفية : أنها عبادة من شرطها النية ، فسقطت بموت من هي عليه ، فإذا أوصى بها كانت من الثلث كغيرها من الوصايا .

وكذلك قالوا : الزكاة وجبت بطريق الصلة ، إذ لا يقابلها عـوض مالي ، والصلات تسقط بالموت . [بدائع الصنائع : ٢/٩٢٤]

٣ ــ وحجة الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى قياسها على دين الآدمي والحج ، إذ إن الزكاة حق مالي واجب تصح الوصية به ، فلا تسقط بموت من هو عليـه كالدين ، وكما أن الدين يخرج من جميع المال فكذلك الزكاة .

قال في الأم [٢/١٠٧ ، ١٠٨] بعد الكلام عن الحج : والقياس في هذا أن حجة الإسلام من رأس المال . قال : ومن قال هذا القول قاله في الحج بأمر رسول الله ﷺ به ، ورآه دينا عليه ، وقاله في كل ما كان في معناه ، وقـاله في كل ما أوجبه الله عز وجل عليه ، فلم يكن له مخرج منه إلا بأدائه ، ولم يكن له خيار فيه ، مثل : زكاة المال ، وما كان لايكون أبدا إلا واجبا عليه ــ شاء أو كره ــ بغير شيء أحدثه

هو ، لأن حقوق الآدميين إنما وجبت لهم من رأس المال ، وهذا من حقوق الآدميين أمرأن يؤديه إلى صنف منهم بعينه ، فجمع أن وجب وجوب الحج بفرض الله عز وجل، وأن كان كما وصفت للادميين •

وقال النووي [المجموع : ٣٠٥/٥] : دليلنا قوله ﷺ : (فدين الله أحق أن يقضى) وهو ثابت في الصحيحين • [البخاري : ٤٦/٣ • مسلم : ٨٠٤/٢] هـ • وفي رواية عند البخاري [٢٣/٣] : (نعم ، حجي عنها ، أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته ؟ اقضوا الله فالله أحق بالوفاء) • وهذا وارد في الحج ، فالاستدلال به معناه قياس الزكاة على الحج • [وانظر المغني : ٥٠٩/٢]

المسألة الثانية : اشتراك الجماعة في الصيد :

اختلف الأئمة فيما إذا اشترك اثنان أو أكثر ــ وهم محرمون ــ في قتل صيد واحد ، هل يجب على كل منهم جزاء ، أو يجب جزاء واحد على الجميع ؟

١ ــ فذهب مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : إلى أنه يجب على كل واحد منهم جزاء كامل •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٣٤٦/١ ، ٣٤٩] : قال مالك : إذا قتل جماعة محرمون صيدا ، فعلى كل واحد منهم جزاء كامل •

وقال في الهداية [٢٨٣/٢] : وإذا اشترك محرمان في قتل صيد ، فعلى كل واحد منهما جزاء كامل •

٢ ــ وذهب الشافعي وأحمد ــ في الصحيح عنه ــ رحمهما الله تعالى : إلى أنه يجب جزاء واحد على الجميع •

قال في الأم [١٧٥/٢] : وإذا أصاب المحرمان أو الجماعة صيدا فعليهم كلهم جزاء واحد •

وقال الخرقي : ولو اشترك جماعة فيقتل صيد فعليهم جزاء واحد • قال ابن

قدامة : يروى عن أحمد في هذه المسألة ثلاث روايات : إحداهن : أن الواجب جـزاء واحد ، وهو الصحيح[١] .

الأدلـة :

١ ـ عمدة مالك رحمه الله تعالى :

ـ سد الذرائع : فإنه إذا سقط عنهم الجزاء جملة ، ووجب جزاء واحد ، كانت العقوبة سهلة ، واتخذ ذلك ذريعة إلى قتل المحرم الصيد وارتكاب المحرم ، إذ يلجأ كل من أراد الصيد وهو محرم إلى الاشتراك مع غيره ، لتخفيف الجزاء عن نفسه .

ـ الجزاء كفارة للإثم ، والكفارة لاتتبعض ، لأن الإثم لا يتبعض ، فيشبه أن لا يتبعض إثم قتل الصيد بالاشتراك فيه ، فيجب أن لا يتبعض الجزاء ، فيجب على كل واحد منهم جزاء كامل . [بداية المجتهد : ١/٣٤٦ ، ٣٤٩]

٢ ـ وعمدة أبي حنيفه رحمه الله تعالى :

أن الفعل الذي صدر منهم ـ وهو القتل ـ لا يتجزأ ، وكل فعل لا يقبـل التجزئة إذا صدر من فاعلين يضاف إلى كل واحد منهما كَمَلا ، وإذا أضيف إلى كل منهما كملا كان كل واحد منهما جانيا تلك الجناية ، وإذا كان كل واحد منهما جانيا تلك الجناية ، كانت الجناية متعددة ، وتعدد الجناية يوجب تعدد الجزاء لامحالة، وذلك كما في القصاص وكفارة القتل إذا كان القاتل جماعة .
[الهداية وشروحها : ٢/٢٨٣]

٣ ـ وعمدة الشافعي واحمد رحمهما الله تعالى :

ـ قول الله تبارك وتعالى : « فجزاء مثل ما قتل من النعم » /المائدة : ٩٥/ . فالله سبحانه أوجب المثل ، والجماعة قتلت صيدا واحدا فيلزمهم مثله ، والزائد خارج عنه فلا يجب .

---

(١) المغني : ٣/٤٥١ ، والرواية الثانية : على كل واحد جزاء . والثالثة : إن كان صوما : صام كل واحد صوما تاما ، وإن كان غير ذلك فجزاء واحد .

ـ أن هذا مروي عن عدد من الصحابة ـ منهم : عمر وابن عباس وابن عمر وعبد الرحمن بن عوف ـ رضي الله عنهم ٠

ذكر في الأم : أن عمر رضي الله عنه قضى هو ورجل من أصحاب النبي ﷺ ـ قال مالك : هو عبد الرحمن بن عوف ـ على رجلين أوطآ ظبيا فقتلاه بشاة ٠

وذكر أيضا : أن قوما حرما أصابوا صيدا ، فقال لهم ابن عمر : عليكم جزاء ، فقالوا : على كل واحد منا جزاء أم علينا كلنا جزاء واحد ؟ فقال ابن عمر : إنه لمغرر بكم ، بل عليكم كلكم جزاء واحد ٠

قال الشافعي : وهذا موافق لكتاب الله عز وجل ، لأن الله تبارك وتعالى يقول : « فجزاء مثل ما قتل من النعم » ٠ وهذا مثل ، ومن قال عليه مثلان فقد خالف معنى القرآن ٠ هـ [الأم : ٢/١٧٥ ، المغني : ٣/٤٥١]

وقد علمنا أن مذهب الصحابي حجة عند الشافعي رحمه الله تعالى إذا وافق ظاهر القرآن ٠

المسألة الثالثة : بيع الحيوان بالحيوان :

اتفق الأئمة على جواز بيع الحيوان بالحيوان متفاضلا إذا كان يدا بيد ، أي إذا كان البيع حالا ولم يكن إلى أجل ٠

واختلفوا في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، أي إلى أجل :

١ ـ ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أنه : لا يجوز النساء فيما اتفقت منافعه وتشابه مع التفاضل ، ويجوز فيما عدا هذا ٠

قال في الموطأ [٢/٦٥٢ ـ ٦٥٣] : ولا بأس أن تبتاع البعير النجيب بالبعيرين ، أو الأبعرة ، من الحمولة من ماشية الإبل ـ وإن كانت من نعم واحدة ـ فلا بأس أن يشتري منها اثنان بواحد إلى أجل ، إذا اختلفت فبان اختلافها ٠ وإن أشبه بعضها بعضا ـ واختلفت أجناسها أو لم تختلف ـ فلا يؤخذ منها اثنان بواحد إلى أجل ٠

قال مالك : وتفسير ماكره من ذلك : أن يؤخذ البعير بالبعيرين ليس بينهما تفاضل في نجابة ولا رحلة ، فإذا كان هذا على ما وصفت لك ، فلا يشترى منه اثنان بواحد إلى أجل • هـ

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١٣٢/٢] : هذا هو المشهور عنه ، وقد قيل : إنه تعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل ، فعلى هذا : لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة إلى أجل •

٢ ـ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى جواز ذلك مطلقا ، وهو الرواية الصحيحة عن أحمد رحمه الله تعالى •

قال في الأم [١٠٤/٣] : ولابأس أن يبيع الرجل البعير بالبعيرين ـ مثله أو أكثر ـ يدا بيد وإلى أجل •

وذكر ابن قدامة في بيع الحيوان بالحيوان متفاضلا ونسيئة أربع روايات : أولاها : لا يحرم النساء في شيء من ذلك ، سواء بيع بجنسه أو بغيره ، متساويا أو متفاضلا • وقال بعد ذكره الروايات الأخرى : وأصح الروايات هي الأولى • [المغني : ١١/٤ ـ ١٢]

٣ ـ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى منع بيع الحيوان بالحيوان نسيئة مطلقا •

قال في العناية [٢٧٩/٥] : لو باع عبدا بعبد إلى أجل لا يجوز •

الأدلـة :

١ ـ عمدة مالك رحمه الله تعالى ـ في منع النساء فيما اتفقت فيه الأغراض مع التفاضل ـ سد الذريعة ، وذلك : أنه طالما اتفقت المنافع والأغراض فلا فائدة من بيعه متفاضلا إلى أجل ، إلا أن يكون من باب سلف يجر نفعا ، وهو محرم ، فكذلك ما يؤدي إليه •

واستشهد ابن رشد لهذا المعنى بما رواه الترمذي [٣٥٤/٢] عن جابر رضي

الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (الحيوان اثنان بواحد لا يصلح النساء ، ولا بأس به يدا بيد) • ووجه الاستشهاد حمله على ما اتفقت منافعه • [بداية المجتهد: ٢/١٣٢]

ولمالك رحمه الله تعالى معتمد آخر في هذا المنع وهو إجماع أهل المدينة •

قال في الموطأ [٢/٦٥٢] : الأمر المجتمع عليه عندنا : أنه لا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم يدا بيد ، ولا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم : الجمل بالجمل يدا بيد والدراهم إلى أجل ، ولا خير في الجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم : الدراهم نقدا والجمل إلى أجل ، وإن أخرت الجمل والدراهم لا خير في ذلك أيضا • هـ

وحجته في جواز النساء مع التفاضل إذا اختلفت الأغراض والمنافع :

ـ ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما : أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشا ، فنفدت الإبل ، فأمره أن يأخذ في قلائص[1] الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة • [أبو داود : ٢/٢٢٥] فحمل هذا الحديث على ما اختلفت أغراضه ومنافعه •

ـ ما رواه في الموطأ [٢/٦٥٢] عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه : أنه باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا إلى أجل •

وما رواه أيضا عن ابن عمر رضي الله عنهما : أنه اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه ، يوفيها صاحبها بالربذة[2] • [انظر بداية المجتهد : ٢/١٣٢]

وهذه الأدلة هي عمدة الشافعي رحمه الله تعالى في جواز النساء مع التفاضل مطلقا ، فقد ذكر في الأم عدة أدلة لبيع الحيوان متفاضلا يدا بيد ونسيئة ـ منها ما ذكر ـ ثم قال : وبهذا كله أقول • [الأم : ٣/١٠٣ ـ ١٠٤]

---

(١) قلائص : جمع قلوص ، وهي الشابة من الإبل (المصباح) .

(٢) الربذة : بلدة كانت عامرة في صدر الإسلام ، شرقي المدينة .

وكذلك هي عمدة الرواية الصحيحة عن أحمد رحمه الله تعالى في جواز ذلك مطلقا . [المغني : ٤/١١]

٢ ــ وعمدة الحنفية في منع النساء مطلقا ، أن العلة المحرمة في الربا وصفان : الجنس والقدر من كيل أو وزن ، فإذا وجدا حرم التفاضل والنساء ، وإذا فقدا حل التفاضل والنساء ، وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء . وبيع الحيوان بالحيوان ــ إذا اتفق الجنس ــ فقد وجد فيه أحد الوصفين ، فحل التفاضل وحرم النساء مطلقا .

ويدعم هذا الاستدلال عندهم ماورد في ذلك من آثار ، قال ابن الهمام : والتحقيق أن المعول عليه في ذلك :

ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت ــ مما أخرجه الستة إلا البخاري ــ من قوله ﷺ في آخر الحديث : (فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد)[1] . فألزم التقابض عند الاختلاف ، وهو تحريم النسيئة .

وكذا ما تقدم من رواية أبي داود [٢/٢٢٣] : عن عبادة رضي الله عنه من قوله ﷺ : (ولابأس ببيع البر بالشعير ، والشعير أكثرهما ، يدا بيد ، وأما النسيئة فلا) .

وما أخرجه أبو داود [٢/٢٢٤] من حديث سمرة ، عن النبي ﷺ : أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة . فقام دليلا على أن وجود أحد جزئي علة الربا علة لتحريم النساء . [الهداية وشروحها : ٥/٢٧٩ ــ ٢٨١]

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/١٣٢] : أما الشافعي فكأنه ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص ، والحنفية لحديث سمرة مع التأويل لــه ، لأن

---

(١) الحديث بكامله : عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلا بمثل ، سواء بسواء ، يدا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد) . [مسلم : ٣/١٢١١] وهذا الحديث هو الأصل في باب الربا .

ظاهره يقتضي أن لا يجوز الحيوان بالحيوان نسيئة ، اتفق الجنس أو اختلف . ومالك ذهب مذهب الجمع : فحمل حديث سمرة على اتفاق الأغراض ، وحديث عمرو بن العاص على اختلافها [1] .

المسألة الرابعة : حكم السلم إذا تعذر تسليم المسلم فيه :

اختلف العلماء : فيمن أسلم في شيء من الثمر ، فلما حل الأجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه :

١ ـ فذهب أبو حنيفة ، والشافعي في الأظهر ، وأحمد على الصحيح ، رحمهم الله تعالى : إلى أن المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن ، أو يصبر حتى يوجد المسلم فيه . وهذا قول ابن القاسم من أصحاب مالك ، وهو المعتمد في المذهب المالكي .

قال في الهداية [٥/٣٣٢] : ولو انقطع بعد المَحِلّ فرب السلم بالخيار : إن شاء فسخ السلم ، وإن شاء انتظر وجوده .

وقال في الأم [٣/١٢١] : إذا سلف رجل رجلا في رطب أو عنب إلى أجل يطيبان له فهو جائز ، فإن نفد الرطب أو العنب ـ حتى لا يبقى منه شيء بالبلد الذي سلفه فيه ـ فقد قيل : المسلف بالخيار ، فإن شاء رجع بما بقي من سلفه ، كأن سلفه مائة درهم في مائة مد ، فأخذ خمسين ، فيرجع بخمسين . وإن شاء أخر ذلك إلى رطب قابل ، ثم أخذ بيعه بمثل صفة رطبه وكيله ، وكذلك العنب وكل فاكهة رطبة تنفد في وقت من الأوقات ، وهذا وجه .

قال في المنهاج [٢/١٠٦] : ولو أسلم فيما يعم ، فانقطع في محله ، لم ينفسخ في الأظهر ، فيتخير المسلم بين فسخه والصبر حتى يوجد .

وقال ابن قدامة [المغني : ٤/٢٢٢] إذا تعذر تسليم المسلم فيه عند المحل ـ إما لغيبة المسلم إليه ، أو عجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه ، أو لم تحمل

---

(١) وهكذا ذكر الحديث عن عمرو بن العاص ، والصحيح عن ابنه عبد الله .

الثمار تلك السنة ــ فالمسلم بالخيار : بين أن يصبر إلى أن يوجد فيطالب به ، وبين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن ــ إن كان موجوداً ــ أو بمثله ــ إن كان مثلياً ــ وإلا قيمته • قال ابن قدامة بعد ذكره وجهاً ثانياً : والأول الصحيح •

وقال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٢٠٣] : إذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار : بين أن يأخذ الثمن ، أو يصبر إلى العام المقبل ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم • ثم قال بعد ذكره الأقوال الأخرى في المذهب : والمعتمد عليه في هذه المسألة ما رآه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم ، وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي •

٢ ــ وقال أشهب من أصحاب مالك رحمهم الله تعالى : ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير ، وهو القول المقابل للأظهر عند الشافعي ،والوجه المقابل للصحيح عند أحمد •

قال في الأم : وقد قيل : إن سلفه مائة درهم في عشرة آصع من رطب ، فأخذ خمسة آصع ، ثم نفد الرطب ، كانت له الخمسة الآصع بخمسين درهماً ــ لأنها حصتها من الثمن ــ فانفسخ البيع فيما بقي من الرطب ، فرد إليه خمسين درهماً • قال الشافعي : وهذا مذهب والله تعالى أعلم •

وقال ابن قدامة : وفيه وجه آخر : أنه ينفسخ العقد بنفس التعذر •

٣ ــ وقال سحنون من أصحاب مالك رحمهم الله تعالى : ليس له أخذ الثمن ، وإنما له أن يصبر إلى أن يوجد الثمر المسلم فيه • قال ابن رشد : وأما مالك فقد اضطرب قوله في هذا • [ينظر في القولين المراجع المذكورة في القول الأول] •

الأدلـة :

١ ــ عمدة القول بالتخيير : أن المعقود عليه دين ــ لأن السلم عقد على موصوف في الذمة ــ ومحل الدين الذمة ، وهي باقية ، فيبقى الدين ببقاء محله ، وليس من شرط جواز هذا العقد أن يكون من ثمار هذه السنة ، وإنما هو شيء شرطه المسلم ، فهو بالخيار إذا تأخر التسليم ولم يتحقق شرطه • [المراجع السابقة] •

٢ ــ وعمدة أشهب بالقول بالانفساخ سد الذرائع ، لأن تأخيره إلى أن يوجد يدخله بيع الدين بالدين (الكالىء بالكالىء) المنهي عنه[1] .

المسألة الخامسة : اشترى طعاما من رب السلم ليوفيه المسلم فيه :

هل يجوز للمسلم إليه : أن يشتري طعاماً من المسلِم ، ليوفيه المسلم فيه ، الذي حل أجله ، ولم يوجد عنده ؟ اختلفوا في ذلك .

١ ــ ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه لا يجوز ، وعمدته في هذا سد الذرائع ، وذلك أنه رأى هذا البيع من الذريعة إلى بيع الطعام قبل أن يستوفى .

قال في الموطأ [٦٤٨/٢ ــ ٦٤٩] : من اشترى طعاماً بسعر معلوم إلى أجل مسمى ، فلما حل الأجل قال الذي عليه الطعام لصاحبه : ليس عندي طعام ، فبعني الطعام الذي لك علي إلى أجل ، فيقول صاحب الطعام : هذا لايصلح ، لأنه قد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يستوفى . فيقول الذي عليه الطعام لغريمه : فبعني طعاماً إلى أجل حتى أقضيكه ، فهذا لا يصلح ، لأنه إنما يعطيه طعاماً ثم يرده إليه ، فيصير الذهب الذي أعطاه ثمن الذي كان له عليه ، ويصير الطعام الذي أعطاه محللا فيما بينهما ، ويكون ذلك ــ إذا فعلاه ــ بيع الطعام قبل أن يستوفى .

والظاهر من كلام ابن رشد : أنه لا يشترط في المنع أن يكون هناك أجل أو يذكر عند العقد أنه يشتريه منه ليقضيه حقه . [بداية المجتهد : ١٤٢/٢]

٢ ــ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى جواز ذلك مطلقاً إذا لم يشرط الوفاء حين العقد ، اعتباراً بصيغة العقد وظاهر اللفظ .

قال في الأم [٦٥/٣] : ومن سلف في طعام فحل ، فسأل الذي حل عليه الطعام الذي له الطعام : أن يبيعه طعاماً إلى أجل ليقضيه إياه ، فلا خير فيه ، إن عقدا عقد البيع على هذا ــ من قِبَل أنا لا نجيز أن يعقد على رجل فيما يملك ، أن يمنع منه أن يصنع فيه ما يصنع في ماله ــ لأن البيع ليس بتام .

---

(١) بداية المجتهد : ٢٠٣/٢ ، ولم يتعرض لدليل سحنون .

ولو أنه باعه إياه بلا شرط ــ بنقد أو إلى أجل ــ فقضاه إياه فلا بأس ، وهكذا لو باعه شيئاً غير الطعام • ولو نويا جميعاً أن يكون يقضيه ما يبتاع منه ــ بنقد أو إلى أجل ــ لم يكن بذلك بأس مالم يقع عليه عقد البيع •

وقال : وهكذا لو أسلفه في طعام إلى أجل ، فلما حل الأجل قال له : بعني طعاماً بنقد أو إلى أجل حتى أقضيك ، فإن وقع العقد على ذلك لم يجز ، وإن باعه على غير شرط فلا بأس بذلك ، كان البيع نقداً أو إلى أجل •

٣ ــ والظاهر أن مذهب أحمد رحمه الله تعالى أن ذلك يجوز حتى ولو شرط في العقد أن يوفيه إياه ، وإن كان لا يلزم الوفاء بالشرط •

قال ابن قدامة : وإذا قال رجل لغريمه : بعني هذا على أن أقضيك دينك منه ، ففعل ، فالشرط باطل ، لأنه شرط ألا يتصرف فيه بغير قضاء • وهل يبطل البيع ؟ ينبني على الشروط الفاسدة في البيع ، هل تبطله ؟ على الروايتين • هـ

ورجح ابن قدامة القول بعدم بطلان العقد بشرط واحد ، لأنه إنما ورد النهي عن بيع وشرطين • [المغني : ٤/٧٢ ، ٩٢]

٤ ــ وأما أبو حنيفة رحمه الله تعالى : فقد ذكر صاحب الفتح ــ نقلا عن الزيادات ــ كلاما يدل على عدم جواز ذلك ، إذا اشتراه إلى أجل وبثمن أكثر من رأس المال • قال : لو أسلم مائة في كر[1] ، ثم اشترى المسلم إليه من رب السلم كر حنطة بمائتي درهم إلى سنة ، فقبضه ، فلما حل السلم أعطاه ذلك الكر ، لم يجز ، لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، يريد أن رب السلم اشترى ما باعه ــ وهو الكر ــ قبل نقد الثمن بأقل مما باعه • [فتح القدير : ٥/٣٤٧] •

المسألة السادسة : بيع المسلم فيه قبل قبضه :

اختلف الأئمة في جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه :

١ ــ ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى منع ذلك في مواضع وأجازه في غيرها •

---

(١) الكر : كيل كان معروفاً في سعته .

وحجته في المنع حيثما منع : التهمة ، وسد ذريعة الوصول إلى ما لا يجوز ، فمن المواضع التي منعها :

أ ـ إذا كان المسلم فيه طعاماً ، لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى ، وذلك بناء على مذهبه في أن الذي يشترط في بيعه القبض هو الطعام ، على ما جاء عليه النص في الحديث •

ب ـ إذا كان البيع للمسلَم إليه ، وأخذ المسلِم عوضه ما لا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله ، مثل أن يكون المسلم فيه عرضاً ، والثمن عرضاً مخالفاً له ، فيأخذ المسلم من المسلم إليه ـ إذا حان الأجل ـ شيئاً من جنس ذلك العرض الذي هو الثمن •

وذلك أن هذه الصورة يدخلها : إما سلف وزيادة ، إن كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال المسلم • وإما ضمان وسلف إن كان مثله أو أقل •

ذكر ابن رشد هاتين الصورتين وقال : وأما في غير هذين الموضعين فإنه أجازه ، ولكن بشرط أن لا يتأخر القبض ، لأنه يدخله الدين بالدين •
[بداية المجتهد : ٢/٢٠٣]

قال في الموطأ [٢/٦٥٩] : من سلف ذهباً أو وَرِقاً[1] في حيوان أو عروض ـ إذا كان موصوفاً إلى أجل مسمى ، ثم حل الأجل ـ فإنه لابأس أن يبيع المشتري تلك السلعة من البائع ـ قبل أن يحل الأجل أو بعد ما يحل ـ بعرض من العروض، يعجله ولا يؤخره بالغاً ما بلغ ذلك العرض ، إلا الطعام ، فإنه لا يحل أن يبيعه حتى يقبضه •

قال : وللمشتري أن يبيع تلك السلعة من غير صاحبه الذي ابتاعها منه ،

(١) الورق : الفضة المضروبة نقداً .

بذهب أو ورق أو عرض من العروض ، يقبض ذلك ولا يؤخره ، لأنه إذا أخر ذلك قبح ، ودخله ما يكره من الكالىء بالكالىء [1] .

وقال : ومن سلف في سلعة إلى أجل ـ وتلك السلعة مما لا يؤكل ولا يشرب ـ فإن المشتري يبيعها ممن شاء ـ بنقد أو عرض ، قبل أن يستوفيها ـ من غير صاحبها الذي اشتراها منه . ولا ينبغي له أن يبيعها من الذي ابتاعها منه إلا بعرض يقبضه ولا يؤخره .

جـ ـ ومن الصور الممنوعة : أن يكون البيع للمسلم إليه ، قبل محل الأجل ، والثمن من جنس المسلم فيه ، فإن لم يكن من جنسه جاز ، وكذلك إذا كان الثمن من جنس المسلم فيه ولكن بعد محل الأجل .

قال في الموطأ [٦٥٩/٢] : قال مالك : فيمن سلف دنانير أودراهم في أربعة أثواب موصوفة إلى أجل ، فلما حل الأجل تقاضى صاحبها فلم يجدها عنده ، ووجد عنده ثيابا دونها من صنفها ، فقال له الذي عليه الأثواب : أعطيك بها ثمانية أثواب من ثيابي هذه ، إنه لابأس بذلك إذا أخذ تلك الأثواب التي يعطيه قبل أن يفترقا ، فإن دخل ذلك الأجل فإنه لا يصلح .

قال : وإن كان ذلك قبل محل الأجل فإنه لا يصلح أيضا ، إلا أن يبيعه ثيابا ليست من صنف الثياب التي سلفه فيها .

وقال أيضا : وإن كانت السلعة لم تحل فلابأس بأن يبيعها من صاحبها بعرض مخالف لها بين خلافه ، يقبضه ولا يؤخره .

وسبب المنع في هذه الصوره أنه يدخله بيع الكالىء بالكالىء .
[انظر الزرقاني : ٢٦٦/٤ ـ ٢٦٧]

---

(١) الكالىء بالكالىء : هو ان يبيع الرجل ديناً له على رجل بدين على رجل آخر . وهو منهي عنه . روى الدار قطني والحاكم والبيهقي من حديث عبد العزيز الدراوردي عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه : أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء . قال الحاكم : صحيح على شرط مسلم . [الزرقاني على الموطأ : ٢٦٧/٤]

ومن صور الجواز :

ما إذا باعه من المسلم إليه بعين من جنس رأس المال ــ ورأس المال عين ــ جاز ، مالم يكن أكثر منه . قال ابن رشد : ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسيئة إذا كان مثله أو أقل . وكذلك إذا أخذ دراهم ورأس المال دنانير، لم يتهمه على الصرف المتأخر .

هذا ، ويلاحظ أن جميع الصور ــ التي أجاز فيها مالك بيع المسلم فيه قبل قبضه ــ اشترط فيها أن لا يتأخر القبض حتى لا يدخله الدين بالدين .
[بداية المجتهد : ٢/٢٠٣]

والظاهر أن عمدته في الجواز ــ في غير المواطن التي منعها ــ التمسك بأصل الإباحة ، حيث لادليل يمنع ، ولاذريعة تسد .

٢ ــ وذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى : إلى منع بيع المسلم فيه قبل قبضه مطلقا .

قال في الهداية : ولا يجوز التصرف في رأس‌مال السلم والمسلم فيه قبل القبض .

وقال في الأم : إن حل له طعام فقال : أعطيك مكان مالك من الطعام علي غيره ، أو عرضا من العروض ، لم يجز . وقال : لو حلت له مائة فرق[1] اشتراها بمائة دينار، فأعطاه بها ألف درهم ، لم يجز ، وجاء فيه : أن كل بيع لا يباع حتى يستوفى .

وقال الخرقي : وبيع المسلم فيه من بائعه أو من غيره قبل قبضه فاسد ، طعاما كان أو غيره .

وعمدة هؤلاء :

ــ ما ورد من النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفى . قال في الأم مستدلا للمنع : لأن رسول الله ﷺ قال : من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه ، وإنما لهذا المسلف طعام ، فإذا أخذ غيره به فقد باعه قبل أن يستوفيه .

---

(١) الفرق : مكيال معين كان معروفاً في سعته .

ـ أن المسلم فيه مبيع لم يدخل في ضمان المشتري ، فلا يجوز التصرف فيه قبل القبض ، لما ورد عن رسول الله ﷺ من النهي عن بيع مالم يقبض وربح مالم يضمن . [النسائي : ٧/٢٨٦ ، ابن ماجه : ٢/٧٣٧]

ـ ما رواه أبو داود [٢/٢٤٧] وابن ماجه [٢/٧٦٦] عن النبي ﷺ : (من أسلم في شيء فلا يصرفه في غيره) .

ـ ما رواه الشافعي عن ابن عمر وأبي سعيد رضي الله عنهما أنهما قالا : من سلف في بيع فلا يصرفه إلى غيره ، ولا يبعه حتى يقبضه .

قال الشافعي : وهذا كما روي عنهما إن شاء الله تعالى ، وفيه دلالة على أن لا يباع شيء ابتيع حتى يقبض ، وهو موافق قولنا في كل بيع : أنه لا يباع حتى يستوفى[١] .

المسألة السابعة : الإقالة من بعض المسلم فيه :

إذا حل الأجل في السلم ، وتراضى المسلِم والمسلَم إليه على الإقالة من بعض المسلم فيه ، هل يجوز ذلك ؟ اختلف الأئمة في هذا :

١ ـ فذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أنه لا تجوز الإقالة من البعض ، فإما أن يقيله من الكل ، وإما أن يأخذ الكل .

وعمدته في المنع سد الذريعة ، لأن الإقالة من البعض وأخذ البعض : فيه تذرع إلى بيع وسلف ، وهو منهي عنه .

قال في بداية المجتهد [٢/٢٠٤] : وأما الإقالة في السلم : فمن شرطها عند مالك ألا يدخلها زيادة ولا نقصان ، فإن دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ، ودخلها ما يدخل البيوع ، أعني : أنها تفسد عنده بما يفسد الآجال ، مثل : أن يتذرع إلى بيع وسلف ، أوضع وتعجل ، أو إلى بيع المسلم فيه بما لا يجوز بيعه . مثال ذلك

---

(١) الأم : ٣/١١٦ ـ ١١٧ ، المغني : ٤/٢٢٧ ـ ٢٢٨ ، الهداية وشروحها : ٥/٣٤٥ .

في دخول بيع وسلف به : إذا حل الأجل ، فأقاله على أن أخذ البعض وأقاله من البعض، فإنه لا يجوز عنده ، لأنه يدخله التذرع إلى بيع وسلف •

٢ ـ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى أن ذلك جائز ، قياسا على الإقالة من الكل ، لأن الإقالة فسخ ، فإذا جازت من الكل جازت من البعض •

قال في الأم : من سلف ذهبا في طعام موصوف فحل السلف ، فإنما له طعام في ذمة بائعه ، فإن شاء أخذه به كله حتى يوفيه إياه ، وإن شاء تركه كما يترك سائر حقوقه إذا شاء ، وإن شاء أخذ بعضه وأنظره ببعض ، وإن شاء أقاله منه كله • وإذا كان له أن يقيله من كله ـ إذا اجتمعا على الإقالة ـ كان له ـ إذا اجتمعا ـ أن يقيله من بعضه ، فيكون ما أقاله منه كما لم يتبايعا فيه ، ومالم يقله منه كما كان لازما له بصفته ، فإن شاء أخذه ، وإن شاء تركه ، ولا فرق بين السلف في هذا وبين طعام له عليه من وجه آخر غير السلف •

وقال : وإذا أسلف الرجل الرجل مائة دينار في مكيلة طعام موصوف إلى أجل معلوم ، فحل الأجل ، فتراضيا بأن يتفاسخا البيع كله كان جائزا ، وإذا كان هـذا جائزاً جاز أن يتفاسخا نصف البيع ويثبتا نصفه • هـ

ودعم قوله هذا بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما : أنه سئل عن هذا فلم يربه بأسا ، وقال : هذا المعروف الحسن الجميل • قال : وقول ابن عباس القياس ، وقد خالفه فيه غيره • [الأم : ٣/١١٦ وأسفل ١٢٢]

وهذا القول هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى • وحجته في هذا : أن الإقالة شرعت نظرا للعاقدين لدفع حاجة الندم ، وفي الإقالة من البعض نظر من المتعاقدين • قال الكاساني : وإن تقايلا السلم في بعض المسلم فيه ـ فإن كان بعد حل الأجل ـ جازت الإقالة فيه بقدره ، إذا كان الباقي جزءاً معلوما : من النصف والثلث ونحو ذلك من الأجزاء المعلومة ، لما ذكرنا أن الإقالة شرعت نظرا ، وفي إقالة البعض دون البعض ـ ههنا ـ نظر من الجانبين • [بدائع الصنائع : ٧/٣١٨٠]

٣ ــ وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان ، قال ابن قدامة : فأما الإقالة في بعض المسلم فيه ، فاختلف عن أحمد فيها : فروي عنه أنها لا تجوز ، وروى حنبل عن أحمد أنه قال : لا بأس بها • هـ

حجة الأولى : أن السلف في الغالب يزاد فيه الثمن من أجل التأجيل ، فإذا أقاله من البعض بالباقي من الثمن وبمنفعة الجزء الذي حصلت الإقالة منه ، فلم يجز ، كما لو اشترط ذلك في ابتداء العقد • وهذا شبيه بما احتج به مالك للمنع •

وحجة الثانية : أن الإقالة مندوب إليها ، وكل معروف جاز في الجميع جاز في البعض ، كالإبراء والإنظار • [المغني : ٤/٢٢٨ ــ ٢٢٩]

المسألة الثامنة : الإقالة مع تأخير رأس المال :

اختلفوا فيما إذا ندم المسلِم ، فقال للبائع (المسلَم إليه) : أقلني وأنظرك بالثمن الذي دفعت إليك •

١ ــ ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أن ذلك لايجوز ، والظاهر أنه لايشترط لعدم الجواز التصريح بذلك في طلب الإقالة ، كما يؤخذ من مجموع الفروع •

وعمدته في المنع سد الذرائع ، وذلك : أن في هذا ذريعة إلى بيع الطعام إلى أجل قبل أن يستوفى ، وهو ممنوع •

قال في الموطأ : فإن ندم المشتري ، فقال للبائع : أقلني وأنظرك بالثمن الذي دفعت إليك ، فإن ذلك لايصلح ، وأهل العلم ينهون عنه ، وذلك أنه لما حل الطعام للمشتري على البائع ، أخر عنه حقه على أن يقيله ، فكان ذلك بيع الطعام إلى أجل قبل أن يستوفى •

قال مالك : وتفسير ذلك : أن المشتري حين حل الأجل وكره الطعام أخذ به ديناراً إلى أجل ، وليس ذلك بالإقالة ، وإنما الإقالة مالم يزدد فيه البائع ولا المشتري، فإذا وقعت فيه الزيادة بنسيئة إلى أجل ، أو بشيء يزداده أحدهما على صاحبه ، أو بشيء ينتفع به أحدهما ، فإن ذلك ليس بالإقالة، وإنما تصير الإقالة إذا فعلا ذلك بيعا،

وإنما أرخص في الإقالة والشرك والتولية مالم يدخل شيئا من ذلك زيادة أو نقصان أو نَظِرَة ، فإن دخل ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة صار بيعا ، يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع • [الموطأ : ٢/٦٤٤ ، وانظر بداية المجتهد : ٢/٢٠٥]

٢ ــ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى جواز التأخير ، إذا لم يشرطه ، أما إذا شرطه فلا يجوز •

وعمدته في هذا أن الإقالة فسخ ، فإذا أقاله أصبحا كأنهما لم يجر بينهما عقد ، وثبت لرب المال ماله في ذمة غريمه ، فله أن ينتقده منه ، وله أن ينظره به كسائر الديون • وبما أنها فسخ فلا تصح فيها الزيادة ولا النقصان ، وشرط التأخير زيادة ، فلا يصح •

قال في الأم [٣/٣٢ ــ ٣٣ ، ١١٦ ــ ١١٧] : وإذا أقاله منه أو من بعضه فالإقالة ليست ببيع ، إنما هي نقض بيع ، تراضيا بنقض العقدة الأولى التي وجبت لكل واحد منهما على صاحبه • فإن قال قائل : ما الحجة في هذا ؟ فالقياس والمعقول مكتفى به فيه • وقال : لأنه إذا أقاله منه ، فله عليه رأس مال ما أقاله منه ، وسواء انتقده أو تركه ، لأنه لو كان عليه مال حَالٌ جاز أن يأخذه ، وأن يُنْظِرَه به متى شاء •

وقال : لو باعه إياها ــ أي السلعة ــ فاستقاله على أن ينظره بالثمن لم يجز ، لأن النظرة ازدياد ، ولا خير في الإقالة على زيادة ولا نقصان •

٣ ــ والظاهر من كلام ابن قدامة أن مذهب أحمد رحمه الله تعالى كمذهب الشافعي ، وحجته حجته ، فإنه قال في رأس مال السلم بعد الإقالة : فحكمه حكم مالو كان قرضا أو ثمنا في بيوع الأعيان ، لا يجوز جعله سَلَما في شيء آخر ، لأنه يكون بيع دين بدين • ويجوز فيه ما يجوز في القرض وأثمان البياعات إذا فسخت • [المغني : ٤/٢٢٩]

٤ ــ وأما الحنفية : فإنهم لم يصرحوا بالنص على هذه المسألة ــ فيما اطلعت عليه ــ وإنما يؤخذ من كلامهم أن الإقالة صحيحة ، وإن كان شرط ذلك في العقد فالشرط فاسد ، والإقالة صحيحة لأنها لا تبطلها الشروط الفاسدة •

[انظر بدائع الصنائع : ٧/٣١٧٩ ــ ٣١٨١]

المسألة التاسعة : الإقالة على الزيادة أو النقصان :

اختلفوا في الإقالة إذا دخلتها الزيادة أو النقصان :

١ ــ قال مالك رحمه الله تعالى : هي بيع • قال في الموطأ [٦٤٤/٢] : وإنما أرخص في الإقالة والشرك والتولية مالم يدخل شيئا من ذلك زيادة أو نقصان أو نَظِرة ، فإن دخل ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة صار بيعا ، يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع • هـ

ولذلك جاز عنده ما إذا باع شيئا ما بمائة دينار مثلا إلى أجل ، ثم ندم البائع ، فسأل المشتري أن يصرف إليه مبيعه ، ويدفع إليه عشرة دنانير نقدا ، أو إلى أجل ، فإن ذلك يجوز ولابأس به ، لأن الإقالة في هذه الحالة بيع مستأنف ، ولا حرج في أن يبيع الإنسان الشيء بثمن ثم يشتريه بأكثر منه ، ولا حرج أن يكون البيع بمائة دينار إلى أجل وعشرة مثاقيل نقدا أو إلى أجل •

ولايجوز عنده : إذا اشترى شيئا ما بمائة دينار مثلا إلى أجل ، ثم ندم المشتري فسأل البائع الإقالة على أن يعطيه عشرة مثاقيل نقدا أو إلى أجل •

وحجته في المنع لهذه الصورة : أن ذلك ذريعة إلى قصد بيع ذهب وعَرَض بذهب ، لأن المشتري دفع عشرة مثاقيل والعرض في المائة دينار التي عليه • وكذلك يدخله بيع وسلف ، كأن المشتري باعه العرض بتسعين ، وأسلفه عشرة إلى الأجل الذي يجب عليه قبضها من نفسه لنفسه • وكذلك هو ذريعة إلى بيع الذهب بالذهب إلى أجل • [بداية المجتهد : ١٤٠/٢]

ويؤيد هذا عند مالك رحمه الله تعالى أن العمل عليه في المدينة • قال في الموطأ [٦٧٦/٢] : الأمر عندنا أنه لابأس بالشرك والتولية والإقالة منه في الطعام وغيره ، قبض ذلك أو لم يقبض ، إذا كان ذلك بالنقد ولم يكن فيه ربح ، ولا وضيعة ، ولا تأخير للثمن ، فإذا دخل ذلك ربح أو وضيعة أو تأخير من واحد منهما صار بيعا ، يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع ، وليس بشرك ولا تولية ولا إقالة •

٢ـ وقال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى : الإقالة فسخ على أي حال ، ولذلك لا تجوز فيها الزيادة ولا النقصان •

قال في الهداية [٥/٢٤٦] : الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول ، فإن شرطا أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ، ويرد مثل الثمن الأول • والأصل أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين ، بيع جديد في حق غيرهما ، إلا أن لا يمكن جعله فسخا فتبطل عند أبي حنيفة •

وقال في الأم [٣/٣٢ ، ٨٣] : والإقالة فسخ بيع ، فلابأس بها قبل القبض ، لأنها إبطال عقدة البيع بينهما والرجوع إلى حالهما قبل أن يتبايعا •

وقال : ومن اشترى من رجل سلعة ، فسأله أن يقيله فيها : بأن يعطيه البائع شيئا ، أو يعطيه المشتري ، نقدا أو إلى أجل ، فلا خير في الإقالة على ازدياد ولا نقص بحال ، لأنها إنما هي فسخ بيع[1] •

٣ ـ وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان ، والصحيح أنها فسخ • ويتفرع على ذلك وجهان فيما إذا دخلتها الزيادة أو النقصان مطلقا •

قال ابن قدامة : ولا تجوز إلا بمثل الثمن ، سواء قلنا : هي فسخ أو بيع ، لأنها خصت بمثل الثمن كالتولية •

وفيه وجه آخر : أنها تجوز بأكثر من الثمن الأول وأقل منه ، إذا قلنا : إنها بيع كسائر البياعات • [المغني : ٤/٩٢ ـ ٩٣]

المسألة العاشرة : اشترى برأس مال السلم من المسلم إليه بعد الإقالة وقبل القبض :

إذا حل الأجل في السلم ، ولم يجد المسلم إليه وفاء لما عليه ، فأقاله رب السلم ولم يقبض رأس المال ، وأراد أن يشتري به شيئا آخر منه غير المسلم فيه ، هل يجوز له ذلك ؟ اختلف الأئمة في هذا :

---

(١) وما ذكر في الأم هنا خلاف ما ذكره في بداية المجتهد عن الشافعي • [انظر بداية المجتهد : ٢/١٤٠]

١ ــ ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه لا يجوز ذلك إذا كان المسلم فيه طعاما •

وعمدته في هذا سد الذريعة ، فإنه رأى أن الإقالة ذريعة إلى أن يجوز من ذلك مالا يجوز ، ولا يجوز عنده بيع المسلم فيه إذا كان طعاما من المسلم إليه قبل قبضه ، فكأنه اتخذ الإقالة ذريعة إلى أن يجوز هذا ، فيمنع منه •
[بداية المجتهد : ٢/٢٠٥]

ومن عمدة مالك في هذا أيضا عمل أهل المدينة ، قال في الموطأ [٢/٦٤٤] : الأمر عندنا فيمن سلف في طعام بسعر معلوم ، إلى أجل مسمى ، فحل الأجل ، فلم يجد المبتاع عند البائع وفاء مما ابتاع منه ، فأقاله ، فإنه لا ينبغي له أن يأخذ منه إلا وَرِقه[1] أو ذهبه ، أو الثمن الذي دفع إليه بعينه ، وأنه لا يشتري منه بذلك الثمن شيئا حتى يقبضه منه ، وذلك أنه إذا أخذ غير الثمن الذي دفع إليه ، أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه، فهو بيع الطعام قبل أن يستوفى• قال مالك:وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام قبل أن يستوفى •

٢ ــ وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : لا يجوز ذلك مطلقا •

قال في الهداية : فإن تقايلا السلم ، لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضه • هـ

وحجته في هذا ما أخرج أبو داود [٢/٢٤٧] وابن ماجه [٢/٧٦٦] عن عطية العوفي ، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره) • ورواه الترمذي وحسنه ، وقال : لا أعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه •

وهذا يقتضي أن لا يأخذ إلا رأس ماله • وفي لفظ : (لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك) • وهذا صريح في المسألة • [الهداية وشروحها : ٥/٣٤٥ ــ ٣٤٦]

---

(١) الورق : هو الفضة المضروبة نقداً .

٣ ــ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أنه يجوز ذلك مطلقا •

وحجته في ذلك : أن صاحب المال قد ملك رأس ماله بالإقالة ، وصار دينا في ذمة المسلم إليه الذي بريء من المسلم فيه ، فيجوز له أن يشتري به ما أحب ممن أحب •

قال في الأم [٣/١١٧] : لو حلت له مائة فرق[1] اشتراها بمائة دينار ، فأعطاه بها ألف درهم لم يجز ، ولم يجز فيه إلا إقالته ، فإذا أقاله صار له عليه رأس ماله ، فإذا بريء من الطعام وصارت له عليه ذهب ، تبايعا بعد بالذهب ما شاءا ــ وتقابضا قبل أن يتفرقا ــ من عرض وغيره •

٤ ــ وفي مذهب أحمد رحمه الله تعالى قولان : أحدهما : كقول أبي حنيفة ، والآخر كقول الشافعي •

قال ابن قدامة : إذا أقاله رد الثمن إن كان باقيا ، أو مثله إن كان مثليا ، أو قيمته إن لم يكن مثليا ، فإن أراد أن يعطيه عوضا عنه : فقال الشريف أبو جعفر : ليس له صرف ذلك الثمن في عقد آخر حتى يقبضه ، وقال القاضي أبو يعلى : يجوز أخذ العوض منه •

وحجة قول أبي جعفر : قوله ﷺ : (من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره) • [انظر تخريجه في دليل الحنفية]

وحجة قول أبي يعلى : أنه عوض مستقر في الذمة فجاز أخذ العوض عنه ، كما لو كان قرضا • [المغني : ٤/٢٢٩]

المسألة الحادية عشر : حكم نكاح المريض مرض الموت :

اختلف الأئمة في حكم نكاح المريض :

١ ــ ذهب مالك رحمه الله تعالى ــ في المشهور عنه إلى : أن النكاح غير صحيح •

---

(١) الفرق : مكيال كان معروف السعة .

قال ابن رشد : واختلفوا في نكاح المريض : ••• وقال مالك في المشهور عنه : إنه لا يجوز • [بداية المجتهد : ٢/٤٥]

٢ ــ وذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أن النكاح صحيح ، إلا أنه يكون بمهر المثل فيما إذا أصدقها أكثر من مهر مثلها •

قال في الهداية [٧/٤٠٣] : ولهذا منع[1] من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث ، بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية ، وهو بمهر المثل • قال في العناية : وأما الزيادة على ذلك فباطلة ، والنكاح جائز •

وقال في الأم [٤/٣١] : ويجوز للمريض أن ينكح جميع ما أحل الله تعالى : أربعا ومادونهن • وقال : فإذا أصدق كل واحدة منهن صداق مثلها جاز لها من جميع المال ، وأيتهن زاد على صداق مثلها فالزيادة محاباة : فإن صح قبل أن يموت جاز لها من جميع المال ، وإن مات قبل أن يصح بطلت عنها الزيادة على صداق مثلها ، وثبت النكاح ، وكان لها الميراث •

وقال ابن قدامة : حكم النكاح ــ في المرض والصحة ــ سواء في صحة العقد ، وتوريث كل منهما من صاحبه •

وقال : ولو تزوج المريض امرأة صداق مثلها خمسة ، فأصدقها عشرة لا يملك غيرها ، ثم مات وورثته ، بطلت المحاباة ، لأنها وصية لوارث ، ولها صداقها ، وربع الباقي بالميراث • [المغني : ٦/١٥٠ ، ٣٩٢]

الأدلـة :

١ ــ عمدة مالك رحمه الله تعالى ــ في منعه صحة هذا النكاح ــ سد الذرائع ، وذلك أنه يتهمه بقصد إضرار الورثة بإدخال وارث جديد زائد ، فيمنع منه ، حتى لا يتخذ ذريعة للتشفي من الورثة وإدخال الضرر عليهم •

---

(١) أي ولتعلق حق الغير بالمال منع المريض •

ويرى ابن رشد : أن منع نكاح المريض من باب المصالح المرسلة ، حيث قال : ورد جواز النكاح بإدخال وارث قياس مصلحي • ولذا يرى أن ينظر إلى شواهد الحال : فإن دلت الدلائل على أنه قصد بالنكاح خيرا ولم يقصد الإضرار لا يمنع منه ، وإن دلت الدلائل على أنه قصد بنكاحه الإضرار بورثته منع منه • [بداية المجتهد : ٢/٤٥ ــ ٤٦]

٢ ــ واحتج القائلون بصحته : بقياسه على البيع والشراء ، فكما أن بيعه وشراءه صحيح فكذلك نكاحه ، بجامع أن كلامنهما عقد معاوضة •

ــ وبقياسه أيضا على حال الصحة ، فإنه نكاح صدر من أهله ، في محله ، بشرطه ، فيصح في المرض كما يصح في الصحة ، وإنما منعت الزيادة على مهر المثل لأنها في حكم الوصية ، ولا وصية لوارث •

ــ وكذلك : إن النكاح من الحوائج الأصلية ــ فإن بقاء النفس بالتناسل ، ولا طريق للتناسل إلا بالنكاح ــ والمرء غير ممنوع عن صرف ماله إلى حوائجه الأصلية •

ودعم الشافعي رحمه الله تعالى استدلاله هذا بما ورد من عمل الصحابة رضي الله عنهم ، ومن ذلك :

ــ ما رواه نافع مولى ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : كانت ابنة حفص بن المغيرة عند عبد الله بن أبي ربيعة ، فطلقها تطليقة ، ثم إن عمر بن الخطاب تزوجها بعده ، فحدث أنها عاقر لا تلد ، فطلقها قبل أن يجامعها ، فمكثت حياة عمر وبعض خلافة عثمان بن عفان ، ثم تزوجها عبد الله بن أبي ربيعة وهو مريض ، لتشرك نساءه في الميراث ، وكان بينها وبينه قرابة •

ــ قال الشافعي : وبلغني أن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال في مرضه الذي مات فيه : زوجوني ، لا ألقى الله تبارك وتعالى وأنا عزب •

وقول الصحابي ومذهبه ــ إذا وافق القياس ــ حجة عند الشافعي رحمه الله تعالى • [المغني : ٦/٣٩٢ ، الأم : ٤/٣١ ــ ٣٢ ، فتح القدير : ٧/٤٠٣]

المسألة الثانية عشرة : شهادة الأصول والفروع :

اختلف العلماء في قبول شهادة الأصول للفروع ، وقبول شهادة الفروع للأصول :

١ ــ فذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة رحمهم الله تعالى إلى ردها وعدم قبولها ، وهذا هو ظاهر المذهب عند أحمد رحمه الله تعالى .

قال في بداية المجتهد [٢/٤٥٢] : فمما اتفقوا عليه رد شهادة الأب لابنه ، والابن لأبيه ، وكذلك الأم لابنها وابنها لها .

وقال في الأم [٧/٤٢] : قال الشافعي رحمة الله تعالى عليه : لا تجوز شهادة الوالد لولده ، ولا لبني بنيه ولا لبني بناته ، وإن تسفلوا ، ولا لآبائه وإن بعدوا .

وقال في الهداية [٦/٣١] : ولا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده ، ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده .

٢ ــ وقال الخرقي : ولا تجوز شهادة الوالدين ــ وإن علوا ــ للولد وإن سفل ، ولا شهادة الولد ــ وإن سفل ــ لهما وإن علوا .

قال ابن قدامة : ظاهر المذهب أن شهادة الوالد لولده لا تقبل ، ولا لولد ولده وإن سفل ، وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات . ولا تقبل شهادة الولد لوالده ، ولا لوالدته ، ولا جده ، ولا جدته ، من قبل أبيه وأمه وإن علوا ، وسواء في ذلك الآباء والأمهات وآباؤهما وأمهاتهما . [المغني : ١٠/١٧٢]

٣ ــ وذهب بعض العلماء ــ منهم شريح وداود وأبو ثور ــ إلى أن شهادة العدل لا ترد ، فتقبل شهادة الأب لابنه ــ فضلا عما سواه ــ إذا كان عدلا . [بداية المجتهد : ٢/٤٥٢ ، المغني : ١٠/١٧٢]

الأدلـة :

١ ــ عمدة الجمهور برد شهادة الأصول والفروع :

أ ــ السماع : وهو ما روى الزهري ، عن عروة ، عن عائشة رضي الله عنهما ،

عن النبي ﷺ أنه قال : (لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا ذي غمر على أخيه ، ولا ظنين في قرابة ولا ولاء)[1] • [الترمذي : ٣/٣٧٤ ،أبو داود : ٢/٢٧٥]

والظنين : المتهم ، والأب يتهم لولده ، والولد يتهم لوالده •

ب ــ سد الذريعة : وذلك أن الأب متهم في الشهادة لولده بالمحاباة والميل له ، مما قد يحمله على الشهادة بغير حق ، فترد شهادته لموضع التهمة فيه ، وسدا للذريعة ، وما يقال في الأب لابنه يقال في الابن لأبيه •

جـ ــ أن شهادة الأصل للفرع والفرع للأصل كشهادة كل منهما لنفسه ، لأن المنافع متصلة بينهما ، ولأن بينهما بعضية ــ قال عليه الصلاة والسلام : (فاطمة بضعة مني ، يريبني ما رابها)[2] ــ فتكون شهادة لنفسه من وجه ، وشهادة المرء لنفسه مردودة باتفاق ، فكذلك ما كان في معناها •

وهذا المغنى هو معتمد الشافعي رحمه الله تعالى في هذه المسألة ، قال في الأم : وإنما شهد لشيء هو منه ، وإن بنيه منه ، فكأنه شهد لبعضه ، وهذا مما لا أعرف فيه خلافاً • [اظر المراجع المذكورة لدى ذكر الأقوال]

٢ ــ واحتج القائلون بقبولها :

أ ــ بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط[3] شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين » /النساء : ١٣٥/ • قالوا : الأمر بالشيء يقتضي إجزاء المأمور به ، إلا ما خصصه الإجماع من شهادة المرء لنفسه •

ب ــ قالوا : رد الشهادة بالجملة إنما هو لموضع الاتهام بالكذب ، وهذه التهمة إنما اعتملها الشرع في الفاسق ، ومنع إعمالها في العدل ، فلا تجتمع العدالة مع التهمة • [بداية المجتهد : ٢/٤٥٢ ، المغني : ١٠/١٧٣]

---

(١) غمر : حقد وبغض وعداوة . ولاء : نصرة بسبب حِلْف أو عتق .

(٢) أخرجه البخاري [٥/٢٦] بلفظ : (فمن أغضبها أغضبني) بضعة : قطعة . يريبني : يسوؤني ويزعجني •

(٣) قائمين بالعدل ، وقوّام صيغة مبالغة تدل على تأكيد الأمر .

المسألة الثالثة عشرة : شهادة الزوجين :

اختلف العلماء في قبول شهادة كل من الزوجين للآخر :

١ ــ فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد ــ في ظاهر المذهب ــ رحمهم الله تعالى إلى أنه لاتقبل شهادة الزوج لزوجته ، ولا الزوجة لزوجها •

قال ابن رشد : ومما اختلفوا في تأثير التهمة في شهادتهم : شهادة الزوجين أحدهما للآخر ، فإن مالكا ردها • [بداية المجتهد :٢/٤٥٣]

وقال في الهداية [٦/٣٢] : ولاتقبل شهادةأحد الزوجين للآخر •

وقال الخرقي ــ بعد ذكره رد شهادة الأصول والفروع ــ : ولا الزوج لامرأته ولا المرأة لزوجها • [المغني : ١٠/١٧٤]

٢ ــ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أنه تقبل شهادة كل منهما للآخر • وذكر ابن قدامة [المغني : ١٠/١٧٤] : أنه رواية أخرى عن أحمد •

قال في الأم [٧/٤٢] بعد ذكر رد شهادة الأصول والفروع : ويجوز ــ بعد ــ شهادته لكل من ليس منه : من أخ وذي رحم وزوجة •

٣ ــ وقال الثوري وابن أبي ليلى : تقبل شهادة الزوج لزوجته ، ولا تقبل شهادتها له • [المغني : ١٠/١٧٤]

الأدلــة :

١ ــ عمدة القائلين بردها مطلقا :

أ ــ سد الذريعة : لأنهم إنما قالوا بردها لموضع التهمة ، وذلك أن كلا من الزوجين يصير متهما للآخر بجر النفع إلى نفسه ، لأن الانتفاع بينهما متصل ، وكل منهما يتبسط في مال الآخر عادة ، وكل منهما كذلك يرث الآخر من غير حجب ، فصارت شهادة كل منهما للآخر شهادة لنفسه من وجه ، فلا تقبل ، كشهادته لنفسه •

قال ابن قدامة : ويحقق هذا أن مال كل واحد منهما يضاف إلى الآخر ، قال الله تعالى : « وقرن في بيوتكن » /الأحزاب : ٣٣/• وقال :«لاتدخلوا بيوت النبي»

/ الأحزاب : ٥٣/ • فأضاف البيوت إليهن تارة وإلى النبي ﷺ تارة أخرى ، وقال: « لا تخرجوهن من بيوتهن » / الطلاق : ١/ • وقال عمر للذي قال له إن غلامي سرق مرآة امرأتي : لاقطع عليه ، عبدكم سرق مالكم •

ب ــ واحتج الحنيفة أيضا لهذا بحديث عائشة رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : (لا تجوز شهادة الوالد لولده ، ولا الولد لوالده ، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته)[1] • [الهداية وشروحها : ٦/٣٢]

٢ ــ وعمدة الذين فرقوا بين شهادته لها وشهادتها له سد الذريعة أيضا ، فإنهم قالوا : تقبل شهادة الرجل لامرأته ، لأنه لا تهمة في حقه ، ولاتقبل شهادتها له ، لأن يساره وزيادة حقها من النفقة تحصل بشهادتها له بالمال ، فهي متهمة لذلك • [المغني : ١٠/١٧٤]

٣ ــ وعمدة الشافعي رحمه الله تعالى في قبول شهادتهما :

أ ــ الاستصحاب : وذلك أن الأصل قبول شهادة العدل ، فيستصحب هذا الأصل حتى يدل الدليل على ردها ، ولا دليل على رد شهادة الزوجين •

قال في الأم : لا أجد في الزوجة ولا في الأخ علة أرد بها شهادته ، خبرا ولاقياسا ولا معقولا •

ب ــ القياس على شهادة العصبة بعضهم لبعض • قال في الأم : وإني لو رددت شهادته لزوجته ــ لأنه قد يرثها وترثه في حال ــ رددت شهادته لمولاه من أسفل إذا لم يكن له ولد ، لأنه قد يرثه في حال ، ورددت شهادته لعصبته ، وإن كان بينه وبينهم مائة أب •

ثم ينفي وجود التهمة في شهادتهما فيقول : ولست أجده يملك مال امرأته ، ولا تملك ماله ، فيكون يجر إلى نفسه بشهادته ولا يدفع عنها • [الأم : ٧/٤٢]

---

(١) قال الزيلعي : غريب ، وهو في مصنف ابن ابي شيبة وعبد الرزاق من قول شريح . [نصب الراية : ٤/٨٢]

المسألة الرابعة عشرة : قضاء القاضي بعلمه :

اختلف الأئمة : هل للقاضي أن يقضي على أحد بما يعلمه من الأمر ، دون بينة أو إقرار ؟ أو أنه ليس له أن يقضي إلا بالبينة أو الإقرار ؟

١ ــ ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه ليس لــه أن يقضي بعلمه مطلقا ، وإنما يقضي بالبينة أو الإقرار . وهذا هو ظاهر المذهب عند أحمد رحمه الله تعالى .

قال ابن رشد : واختلفوا : هل يقضي بعلمه على أحد دون بينة أو إقــرار ، أو لا يقضي إلا بالدليل أو الإقرار ؟ فقال مالك وأكثر أصحابه : لا يقضي إلا بالبينات أو الإقرار . [بداية المجتهد : ٢/٤٥٨]

وقال الخرقي : ولا يحكم الحاكم بعلمه . قال ابن قدامه : ظاهر المذهب : أن الحاكم لايحكم بعلمه في حد ولا غيره ، لافيما علمه قبل الولاية ولا بعدها .

٢ ــ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أنه يقضي بعلمه مطلقا ، في غــير حدود الله تعالى . وحدود الله تعالى هي ماعدا حد القذف والقصاص . وهذا رواية عن أحمد .

قال في المنهاج : والأظهر أنه يقضي بعلمه إلا في حدود الله تعالى . قال في مغني المحتاج : كالزنا والسرقة والمحاربة والشرب ، فلا يقضي بعلمه فيها .

قال : وعلى هذا يقضي بعلمه في المال قطعا ، وكذا في القصاص وحد القذف على الأظهر . وقال : ولو علمه قبل ولايته ، أو في غير محل ولايته ، وسواء أكان في الواقعة بينة أم لا . [مغني المحتاج : ٤/٣٩٨]

وقال في المغني [١٠/٤٨] : وعن أحمد رواية أخرى يجوز له ذلك .

٣ ــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى : إلى مثل ما ذهب إليــه

الشافعي : إن كان علمه حادثا له في مكان القضاء وزمانه ، وأما إذا كان علمه حادثا قبل توليه القضاء أو في غير مكانه ، فقد اختلفوا في ذلك :

فقال أبو حنيفة : لا يجوز . وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز .

قال السمر قندي [تحفة الفقهاء : ٦٣٨/٣] : وأما القضاء بعلم نفسه بالمعاينة ، أو بسماع الإقرار أو بمشاهدة الأحوال :

ـ إن قضى بعلم حادث له في زمان القضاء ، في مكانه ، في : الأملاك المرسلة ، والحقوق من الطلاق والعتاق ونحوهما ، وفي القصاص ، وفي حد القذف ، جاز . وإن كان في سائر الحدود لا يجوز .

ـ وأما إذا قضى : بعلم كان قبل أن يقلد القضاء ، أو بعلم بعد التقليد ، لكن قبل أن يصل إلى البلد الذي ولي قضاءه ، فقد أجمع أصحابنا : أنه لا يجوز في الحدود غير حد القذف والقصاص .

فأما في سائر الأحكام ، وفي حد القذف والقصاص ، فقد اختلفوا :

قال أبو حنيفة : لا يجوز ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد : يجوز .

الأدلـة :

١ ـ عمدة المانعين مطلقا ـ مالك وأحمد ـ :

أ ـ ماذكره ابن عبد البر من حديث معمر عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها : (أن النبي ﷺ بعث أبا جهم على صدقة ، فلاحاه رجل في فريضة ، فوقع بينهما شجاج ، فأتوا النبي ﷺ فأخبروه فأعطاهم الأرش ، ثم قال عليه الصلاة والسلام : إني خاطب الناس ، ومخبرهم أنكم رضيتم ، أرضيتم ؟ قالوا : نعم . فصعد رسول الله ﷺ المنبر فخطب الناس ، وذكر القصة وقال : أرضيتم ؟ قالوا : لا . فهم بهم المهاجرون ، فنزل رسول الله ﷺ فأعطاهم ، ثم صعد المنبر فخطب ثم قال : أرضيتم ؟ قالوا نعم) . [زوائد ابن حبان : ٣٦٨] قالوا : وهذا بين في أنه ﷺ لم يحكم عليهم بعلمه .

ب ــ قول النبي ﷺ : (إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع منه) [البخاري : ٩/٨٦] قالوا : وهذا يدل على أنه يقضي القاضي بما يسمع لا بما يعلم .

حـ ــ قول النبي ﷺ في قضية الحضرمي والكندي : (شاهداك أو يمينه ، ليس لك منه إلا ذلك) . [الترمذي : ٢/٣٩٨ . الدار قطني : ٤/٢١١]

د ــ ما روي عن عمر رضي الله عنه : أنه تداعى عنده رجلان ، فقال أحدهما : أنت شاهدي ، فقال : إن شئتما شهدت ولم أحكم ، أو أحكم ولا أشهد .

هـ ــ ومما اعتمد عليه المالكية في هذه المسألة ــ على ماذكره ابن رشد ــ سد الذرائع ، فإن القاضي إذا قضى بعلمه لحقته تهمة المحاباة ، على أنه يمكن أن يكون قضاؤه بعلمه وسيلة للجور على أحد الخصمين ، فيمنع من ذلك ، سداً لذريعة التهمة والجور . [المغني : ١٠/٤٩ ــ ٥٠ ، بداية المجتهد : ٢/٢٥٨ ــ ٢٥٩]

٢ ــ وعمدة الشافعي ومن وافقه :

أ ــ حديث عائشة رضي الله عنها : في قصة هند بنت عتبة مع زوجها أبي سفيان ابن حرب رضي الله عنهما ، حين قال لها رسول الله ﷺ ، وقد شكت أبا سفيان : (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) [. البخاري : ٩/٨٢] فإنه ﷺ قضى لها دون أن يسمع قول خصمها .

ب ــ أن القاضي له أن يحكم بما يفيد الظن عنده ــ وهو الشاهدان ، أو الشاهد واليمين ــ فمن باب أولى أن يحكم بما هو يقين عنده . قال في الأم : إذا كان القاضي عدلا ، فأقر رجل بين يديه بشيء ، كان الإقرار عنده أثبت من أن يشهد عنده كل من يشهد ، لأنه قد يمكن أن يشهدوا عنده بزور ، والإقرار عنده ليس فيه شك . هـ

هذا على أننا نجد الشافعي رحمه الله تعالى يحتاط في هذا الأمر لفساد الزمان ، فنجده يقول في الأم : وأما القضاء اليوم فلا أحب أن أتكلم بهذا ، كراهية أن أجعل

لهم سبيلا إلى أن يجوروا على الناس • هـ وظاهر هذا أنه تطبيق منه لأصل سد الذرائع • [الأم : ٧/٤٤ ، وانظر مغني المحتاج : ٤/٣٩٨ ، المغني : ١٠/٤٨]

٣ ــ وأما الحنفية : فإنهم قالوا ــ كما قال الشافعي ــ إن القضاء إذا جاز بالبينة جاز بعلمه بطريق الأولى ، لأن المقصود بالبينة ليس عينها ، بل حصول العلم بحكم الحادثة ، وعلمه الحاصل بالحس والمشاهدة أقوى ، لأنه يفيد القطع واليقين ، بينما الحاصل بالشهادة غالب الظن وأكثر الرأي •

وإنما فرق أبو حنيفة ــ بين ماكان قبل القضاء وما كان في زمنه ، وبين ما حصل في مكانه وما حصل في غيره ــ لأن الأصل في صحة القضاء هو البينة ، وغيرها ملحق بها إذا كان في معناها ، والعلم الحادث في زمان القضاء ومكانه في معنى البينة ــ لأنه حادث في مكان وزمان هو مكلف فيه بالقضاء ــ فكان ملحقا بها ، وأما العلم الحادث قبل زمان القضاء أو الوصول إلى مكانه فليس في معناها ــ لأنه حاصل في وقت هو غير مكلف فيه بالقضاء ــ فلا يلحق بها •

وحجة الصاحبين : أنه لما جاز له أن يقضي بالعلم المستفاد في زمن القضاء جاز له أن يقضي بالعلم المستفاد قبله ، لأن العلم في الحالين واحد •

وحجة الجميع ــ في أنه لا يقضي بعلمه في حدود الله تعالى ــ أن هذه الحدود تدرأ بالشبهات ، ويحتاط فيها ، وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ، لأن البينة ــ وإن وجد معناها ــ فقد فاتت صورتها ، وفوات الصورة يورث شبهة تدرأ هذه الحدود • [بدائع الصنائع : ٩/٤٠٨٨ ــ ٤٠٨٩ • مغني المحتاج : ٤/٣٩٨]

المسألة الخامسة عشرة : القضاء لمن يتهم فيه :

اتفق الأئمة على أن القاضي ينفذ قضاؤه لمن لا يتهم فيه ، واتفقوا أيضا على أنه لا يقضي لنفسه •

واختلفوا في قضائه لغيره ممن يتهم فيه ــ كأبويه وولده وزوجته ــ ممن لاتجوز شهادته لهم :

١ ــ فذهب مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : إلى أنــه لا يجوز قضاؤه لكل من لا تجوز له شهادته ٠

قال ابن رشد : اتفقوا على أن القاضي يقضي لمن ليس يتهم عليه ، واختلفوا في قضائه لمن يتهم عليه، فقال مالك : لا يجوز قضاؤه على من لاتجوز عليه شهادته[1]. [بداية المجتهد : ٢/٤٦٠]

وقال السمرقندي : ولا يجوز للقاضي أن يقضي لنفسه ، ولا لأبويه وإن علوا ، ولا لزوجته ، ولا لأولاده وإن سفلوا ، ولا لكل مــن لا تجوز شهادته لهــم ٠ [تحفة الفقهاء : ٣/٦٣٩]

٢ ــ وعن الشافعي رحمه الله تعالى في القضاء للأصول والفروع قولان : الصحيح منهما : لا يجوز ، والآخر : يجوز ، وهذان القولان : وجهان عند الحنابلة ، اختار أبو بكر الثاني منهما ، وهو قول ابن المنذر وأبي ثور ٠

قال في المنهاج [٤/٣٩٣] : ولا ينفذ حكمه لنفسه ورقيقه وشريكه في المشترك ، وكذا أصله وفرعه على الصحيح ، ويحكم له ولهؤلاء الإمام أو قاضي آخر ، وكذا نائبه على الصحيح ٠ قال في مغني المحتاج : هذا القول الصحيح ، وفي قول : يجوز ٠

وقال ابن قدامة [المغني : ١٠/٩٤] : وليس للحاكم أن يحكم لنفسه كمـا لا يجوز أن يشهد لنفسه ، فإن عرضت له حكومة مع بعض الناس جاز أن يحاكمه إلى بعض خلفائه أو بعض رعيته ٠ وقال :

فإن عرضت حكومة لوالديه ، أو ولده ، أو من لا تقبل شهادته له ، ففيــه وجهان :

أحدهما : لا يجوز له الحكم فيها بنفسه ، وإن حكم له لم ينفذ حكمه ٠

والثاني : ينفذ حكمه ، اختاره أبو بكر ، وذكر أنه قول ابن المنذر وأبي ثور ٠

---

(١) انظر مسألة شهادة الأصول والفروع : ٦٢١ وشهادة الزوجين : ٦٢٣ .

الأدلـة :

١ ــ عمدة القول بالمنع حيث منع سد الذرائع ، وذلك أنه يتهم في محاباته له كما يتهم في شهادته له ، وكذلك قضاؤه له يمكن أن يكون وسيلة للجور على خصمه ، فيمنع سداً لذريعة التهمة والجور •

٢ ــ واحتج الشافعية أيضا للقول الصحيح بأن أصولـه وفروعه أبعاضه ، فقضاؤه لهم يشبه قضاءه لنفسه ، ولذلك لايمتنع عندهم القضاء لأحد غير الأصول والفروع •

٣ ــ وعمدة القول بالجواز أن القضاء يكون بأسباب معلومة ، وليس كذلك الشهادة ، والقاضي أسير البينة ، فلا تظهر منه تهمة ، وهو حكم لغيره ، فأشبه حكمه للأجانب • [انظر في الأدلة المراجع المذكورة لدى ذكر الأقوال]

★ ★ ★

الباب التاسع

في

الأخذ بأقل ما قيل وأثره

ويحتوي على فصلين :

الفصل الأول : الأخـــذ بأقـل ما قيـــل

الفصل الثاني : أثــر الأخذ بأقل ما قيــل

الفصل الأول

الأخذ بأقل ما قيل

- معنـاه
- رأي العلماء في حجيته
- شروطـه

معنى الأخذ بالأقل :

الأخذ بالأقل معناه : أن توجد أقوال في مسألة ، وليس هناك دليل يرجح أحدها ، وتكون هذه الأقوال ضمنا متفقة على قسط معين فيما بينها وهو الأقل ، ومختلفة فيما زاد عنه ، فيتمسك بهذا القسط الذي هو أقل الأقوال .

ويكون عبارة عن حصيلة الاعتماد على دليلين ، وهما :

الأول : الإجماع في الأقل ، لأن كل واحد من الأقوال القائلة بما زاد عن الأقل قائلة به ، إذ الأكثر يستلزم الأقل ، فيكون في حكم المجمع عليه .

والثاني : استصحاب البراءة الأصلية ، فإنها تقتضي عدم وجوب الزيادة ، إذا الأصل عدم الوجوب مطلقا ، لكن ترك العمل به في الأقل للإجماع ، فبقي ماعداه على الأصل .

وعلى هذا يكون الأخذ بأقل ما قيل :

إنما هو تمسك بما اجمع عليه ، مع ضميمة ان الأصل عدم وجوب ما زاد عليه .

نفي توهمين :

أ ــ قد يتوهم : أن الأخذ بأقل ما قيل إنما هو تمسك بالإجماع ، وليس كذلك، لأن نفي الزائد عن ذلك الأقل ليس مجمعا عليه ، وإنما حصل الإجماع على الأقل فقط ، ونفي الزائد إنما كان من قبيل التمسك بالبراءة الأصلية .

ب ــ قد يتوهم أيضا : أن الأخذ بأقل ما قيل إنما هو تقليد لصاحب القول الأقل ، وليس كذلك ، وإنما أخذ بالأقل لأنه مجمع عليه ضمنا ، لا على أنه أحد الأقوال . ولذلك لوحظ فيه استصحاب البراءة الأصلية في نفي الزائد عنه ، ولهذا أيضا يشترط فيه : أن تكون الأقوال محصورة ، وأن يكون الأقل جزءا من الأكثر ، بحيث لو وجد قول يقول بلا شيء لا يؤخذ بالأقل ، لأنه يكون عندها قول مجتهد ، وهو ليس بحجة .

[الأسنوي والبدخشي : ٣/١٣٤ ، المحصول : ٢/٨١٣ ، شرح المحلي على جمع الجوامع مع حاشية العطار : ٢/٢٠٢]

رأي العلماء في حجيته :

إن الذي تذكره كتب الأصول التي بحثت هذا الدليل ــ وهي كتب أصول الشافعية غالبا ــ هو أن الأخذ به حجة عند الشافعي رحمه الله تعالى .

قال الأسنوي [١٣٤/٣] : الدليل الرابع من الأدلة المقبولة : الأخذ بأقل ماقيل ، وقد اعتمد عليه الشافعي رضي الله عنه في إثبات الحكم .

وقال في المحصول [٨١٣/٢] : مذهب الشافعي رضي الله عنه أنه يجوز الاعتماد في إثبات الأحكام على الأخذ بأقل ماقيل[١] .

هذا ، على أننا بالرجوع إلى الفروع الفقهية نجد أن غير الشافعية قد يستأنسون به ، ويرجحون أقوالا على غيرها لأنها الأقل أو الأخف :

فقد رجح الحنفية قول ابن مسعود رضي الله عنه ــ في تكبيرات الزوائد في صلاة العيدين ــ على قول ابن عمر وأبي هريرة وقول ابن عباس رضي الله عنهم ، ودعموا ترجيحهم هذا : أن التكبير ورفع الأيدي في الصلاة خلاف المعهود ، فكان الأخذ بالأقل أولى ، وقول ابن مسعود رضي الله عنه هو الأقل[٢] . واستأنسوا بمثل هذا في أسنان الإبل في دية الخطأ كما سنرى . [الهداية وشروحها : ٤٢٥/١ ــ ٤٢٦]

وكذلك الأمر عند الحنابلة : ففي المغني لابن قدامة [٣٧٨/٨] ما يدل على الأخذ بالأقل بالمعنى الذي أخذ به الشافعي رحمه الله تعالى ، فنجده يقــول ، في الاستدلال لما ذهب إليه أحمد رحمه الله تعالى في أسنان دية الخطأ : ولأن ما قلناه الأقل ، فالزيادة عليه لا تثبت إلا بتوقيف يجب على من ادعاه الدليل[٣] .

---

(١) قد جاء في كلام المحصول لفظ : لا يجوز ، والذي أراه أن لفظ (لا) مقحم في النسخة التي اطلعت عليها ، يدل على ذلك باقي كلامه عن هذا الدليل ، ولهذا ذكرت كلامه دون لفظة لا .

(٢) انظر المسألة في الفصل الثاني من الباب السادس .

(٣) انظر مسألة أسنان الإبل في دية الخطأ في الفصل الثاني من هذا الباب .

ويقول ابن تيمية ـ وهو يرد على القائلين بتقليد أهل المدينة ـ : وأيضا فإن قولهم في المد والصاع هو أقل ما قيل ، فهو حجة عندنا من هذه الجهة ، كما لو قال غيرهم ذلك سواء ، ولافرق ، لأن قوما قالوا الصاع ثمانية أرطال ، وقال قوم أكثر من ذلك • [صحة أصول مذهب أهل المدينة : ١١٧]

حجة القول به :

من خلال ماذكرنا في معنى هذا الدليل يتبين لنا : أن عمدة التمسك به قائمة على أساس التمسك بالإجماع والاستصحاب للبراءة الأصلية ، وكلاهما دليل معتمد ومقبول في إثبات الأحكام الشرعية •
[شرح المحلي على جمع الجوامع مع حاشية العطار : ٢/٢٠٢ ، وشرح تنقيح الفصول: ٢٠٣ ، المحصول : ٣/٨١٣]

شروط العمل به :

يشترط للأخذ بأقل ما قيل :

١ ـ أن تنحصر الأقوال ، بحيث يكون الأقل جزءا من الأكثر ، ومجمعا عليه ضمن هذه الأقوال ، وإلا فلا يعتبر حجة ، لأنه يصبح قول أحد المجتهدين ، وهو ليس بحجة •

٢ ـ أن لا يوجد دليل غيره يدل على اعتبار الأقل أو الأكثر ، فإن وجد دليل على الأكثر عمل به ، ولهذا لم يأخذ الشافعي رحمه الله تعالى بالأقل في انعقاد الجمعة، وفي الغسل من ولوغ الكلب ، لقيام الدليل عنده على الأكثر ، وإن دل دليل على الأقل كان الحكم ثابتا به ، لا بالأخذ بالأقل •
[شرح المحلي على جمع الجوامع مع حاشية العطار : ٢/٢٠٢ ، الأسنوي والبدخشي : ٣/١٣٤ ـ ١٣٥ ، المحصول : ٢/٨١٤]

* * *

الفصل الثاني

أثر الأخذ بأقل ما قيل

وفيه : المسائل الآتية :

١ ـ اسنان الإبل في دية الخطأ

٢ ـ دية الذمي

٣ ـ دية المجوسي

لقد انبنى على التمسك بأقل ما قيل خلاف في بعض الفروع الفقهية ، منها :

المسألة الأولى : أسنان الإبل في دية الخطأ :

اختلف العلماء في أسنان الإبل في دية الخطأ :

١ ــ اتفق الأئمة الأربعة على أن دية الخطأ أخماس ، وإن اختلفوا في بعض الأسنان مكان بعض .

قال ابن رشد : واختلفوا في أسنان الإبل في دية الخطأ ، فقال مالك : هي أخماس : عشرون ابنة مخاض ، وعشرون ابنة لبون ، وعشرون ابن لبون ذكر ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة .
[بداية المجتهد : ٢/٤٠٢ ، واظر الزرقاني علي الموطأ : ٥/١٤٠]

وقال في الأم [٦/٩٩] : فدية الخطأ أخماس : عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ذكر ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة .

وقال في الهداية [٨/٣٠٣] :والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماسا : عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن مخاض ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة .

وقال الخرقي [المغني : ٨/٣٧٧] : وإن كان القتل خطأ : كان على العاقلة مائة من الإبل ، تؤخذ في ثلاث سنين أخماسا : عشرون بنات مخاض ، وعشرون بنو مخاض ، وعشرون بنات لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة .

٢ ــ وذهب إسحق وعمر بن عبد العزيز إلى أنها أرباع : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة . وهذا مروي عن الحسن البصري .
[المغني : ٨/٣٧٧ ، بداية المجتهد : ٢/٤٠٢ ــ ٤٠٣]

٣ ــ وذهب طاووس إلى أنها : ثلاثون حقة ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون بنت مخاض ، وعشرة بني لبون •

وهناك أقوال أخرى غير هذه • [المغني : ٨/٣٧٧]

الأدلـة :

١ ــ عمدة الأئمة الأربعة :

أ ــ أخذ الشافعي رحمه الله تعالى في هذا بأقل ما قيل :

قال في الأم : وقد اختلف الناس فيها ، فألزم القاتل عدد مائة من الإبل بالسنة ، ثم مالم يختلفوا فيه • ولا ألزمه من أسنان الإبل إلا أقل ما قالوا يلزمه ، لأن اسم الإبل يلزم الصغار والكبار •

ب ــ وعمدة مالك رحمه الله تعالى أن ما قال به مروي عن ابن مسعود رضي الله عنه •

جـ ــ وعمدة أبي حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى :

١ً ــ ما روى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال : (في دية الخطأ : عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون بني مخاض ذكر) • [أبو داود : ٢/٤٩١]

٢ً ــ الأخذ بالأقل :

ذكر صاحب العناية : أن الصحابة أجمعت على المائة ، لكنهم اختلفوا في سنها ، وذكر قول ابن مسعود أنهـا أخماس ، وقول علي أنها أرباع ، ثم قال : والمقادير لاتعرف إلا سماعا ، لكن ما قلنا أخف، وكان أولى بحال الخطأ، لأن الخاطىء معذور•

وقال في الفتح : نعم ، كون ما رواه ــ أي ابن مسعود ــ أليق بحالة الخطأ ــ لكونه أخف ــ يصلح أن يكون مرجحا لما رواه •

وقال ابن قدامة : ولأن ما قلناه الأقل ، فالزيادة عليه لا تثبت إلا بتوقيف يجب على من ادعاه الدليل ٠

٢ ــ وعمدة القائلين بأنها أرباع ما روي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب في دية الخطأ أرباعا : خمسا وعشرين بنت مخاض ، وخمسا وعشرين بنت لبون ، وخمسا وعشرين حقة ، وخمسا وعشرين جذعة ٠ [أبو داود : ٢/٤٩٣]

٣ ــ وعمدة طاووس ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن رسول الله ﷺ : (قضى أن من قتل خطأ فديته من الإبل : ثلاثون بنت مخاض ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقة ، وعشرة بني لبون ذكور) [أبو داود : ٢/٤٩١] ٠

قال ابن رشد : قال أبو سليمان الخطابي : هذا الحديث لا أعرف أحداً في الفقهاء المشهورين قال به ، وإنما قال أكثر العلماء : إن دية الخطأ أخماس ، وإن كانوا اختلفوا في الأصناف ٠ [انظر في الأدلة المراجع السابقة لدى ذكر الأقوال] ٠

المسألة الثانية : دية الذمي :

إذا قتل مسلم ذمياً ووجبت الدية فقد اختلف الأئمة في ديته على ثلاثة أقوال :

١ ــ ذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى : أنها مثل دية المسلم ٠ قال في الهداية [٨/٣٠٧] : ودية المسلم والذمي سواء ٠

٢ ــ وذهب مالك وأحمد ــ في ظاهر المذهب ــ رحمهما الله تعالى إلى : أنها على النصف من دية المسلم ٠

قال ابن رشد : للعلماء في ذلك ثلاثة أقوال : أحدها : أن ديتهم على النصف من دية المسلم ، ذكرانهم على النصف من ذكران المسلمين ، ونساؤهم على النصف من نسائهم ٠ وبه قال مالك ٠
[بداية المجتهد : ٢/٤٠٦ ، وانظر الشرح : ٤/٢٦٧]

وقال الخرقي : ودية الحر الكتابي نصف دية الحر المسلم ، ونساؤهم على النصف من دياتهم ٠ قال ابن قدامة [المغني ٨/٣٩٨] : هذا ظاهر المذهب ٠

٣ ـ وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى أنها ثلث دية المسلم ٠

قال في الأم [٦/٩٢] : فمن قتل يهودياً أو نصرانياً خطأ ، وللمقتول ذمة بأمان إلى مدة ، أو ذمة بإعطاء جزية ، أو أمان ساعة ، فقتله في وقت أمانه من المسلمين ، فعليه ثلث دية المسلم ، وذلك ثلاث وثلاثون من الإبل وثلث ٠

الأدلـة :

١ ـ حجة أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى :

أ ـ قول النبي ﷺ : (دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار)[١] ٠ وهذه هي دية المسلم ٠

ب ـ أن هذا قضاء أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم ، وهو مروي أيضاً عن علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم ٠

قال في العناية : وإن لم يكن لنا في المسألة إلا :

ما روى الزهري : أن دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان ، فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف ٠

وما روي عن علي رضي الله عنه لشهرته : إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا ، وأموالهم كأموالنا ٠

وما روي عن ابن مسعود : دية الذمي مثل دية المسلم ٠

وما روى عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ : ودى ذمياً قتل بمائة من الإبل ٠

لكان لنا من الظهور في المسألة ما لا يخفى على أحد ٠

---

(١) قال الزيلعي : أخرجه أبو داود في المراسيل ، ووقفه الشافعي في مسنده على سعيد .[نصب الراية : ٤/ ٣٦٦] ٠

٢ ـ وعمدة القائلين إنها النصف :

ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال : (دية المعاهد نصف دية المسلم) • وفي لفظ : (أن النبي ﷺ قضى أن عقل الكتابي نصف عقل المسلم) • وفي لفظ : (دية المعاهد نصف دية الحر) •

[الفتح الرباني : ١٦/٥٥ ، سنن أبي داود : ٢/٥٠٠]

قال الخطابي ليس في دية أهل الكتاب شيء أثبت من هـذا ، ولا بأس بإسناده، وقد قال به أحمد ، وقول رسول الله ﷺ أولى •

٣ ـ وعمدة الشافعي رحمه الله تعالى في هذا الأخذ بأقل ما قيل :

قال في الأم: وأمر الله تعالى في المعاهد يقتل خطأ بدية مسلمة إلى أهله ، ودلت سنة رسول الله ﷺ على : أن لايقتل مؤمن بكافر ـ مع ما فرق الله عز وجل بين المؤمنين والكافرين ـ فلم يجز أن يحكم على قاتل الكافر إلا بدية ، ولا أن ينتقص منها إلا بخبر لازم ، فقضى عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضي الله عنهما في دية اليهودي والنصراني بثلث دية المسلم • ثم قال : ولم نعلم أحداً قال في دياتهم أقل من هذا ، وقد قيل : إن دياتهم أكثر من هـذا ، فألزمنا قاتل كل واحد من هؤلاء الأقل مما اجتمع عليه •

[انظر في الأدلة المراجع المذكورة لدى ذكر الأقوال] •

المسألة الثالثة : دية المجوسي :

اختلف الأئمة أيضاً في دية المجوسي إذا قتله المسلم :

١ ـ فذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنها مثل دية المسلم ، كقولهم في الكتابي •

قال في الدر المختار [٦/٥٧٤] : والذمي والمستأمن والمسلم في الدية سواء • وحجتهم في هذا هي نفس حجتهم في دية الذمي • [وانظر دليلهم في المسألة السابقة] •

وذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى أنها ثلثا عشر دية المسلم ، أي إنها جزآن من ثلاثين جزءاً من دية المسلم .

وعمدة مالك رحمه الله تعالى في هذا عمل أهل المدينة . جاء في الموطأ [٢/٨٦٤]: أن سليمان بن يسار كان يقول : دية المجوسي ثماني مائة درهم . قال مالك : وهو الأمر عندنا .

وعمدة أحمد رحمه الله تعالى عمل الصحابة رضي الله عنهم . قال الخرقي : ودية المجوسي ثمانمائة درهم ، ونساؤهم على النصف . قال ابن قدامة ــ في الاستدلال لهذا ــ : ولنا قول من سمينا من الصحابة ــ عمر وعثمان وابن مسعود رضي الله عنهم ــ ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفاً ، فكان إجماعاً .
[المغني : ٨/٤٠١]

وأما الشافعي رحمه الله تعالى : فعمدته في هذا ــ أيضاً ــ الأخذ بأقل ما قيل.

قال في الأم [٦/٩٢] : ومن قتل مجوسياً ، أو وثنياً له أمان ، فعليه ثلثا عشر دية مسلم . وقال : وقضى عمر في دية المجوسي بثمانمائة درهم ، وذلك ثلثا عشر دية المسلم ، لأنه كان يقول : تقوم الدية اثني عشر ألف درهم ، وقال : ولم نعلم أحداً قال في دياتهم أقل من هذا ، وقد قيل : إن دياتهم أكثر من هذا ، فألزمنا قاتل كل واحد من هؤلاء الأقل مما اجتمع عليه .

★ ★ ★

الباب العاشر
في
الاستقراء وأثره

ويحتوي على فصلين

الفصل الأول : الاستقـــــراء

الفصل الثاني : أثر الاستقراء

الفصل الأول

في

الاستقرار

- معناه
- أنواعه والنوع المراد في البحث
- حجيته لدى العلماء وإفادته للحكم

معنى الاستقراء :

في اللغة مأخوذ من قولهم قرأت الشيء قرآناً ، أي جمعته وضممت بعضه إلى بعض ، والسين فيه للطلب .

وقال في المصباح المنير : واستقرأت الأشياء تتبعت أفرادها ، لمعرفة أحوالها وخواصها .

وفي الاصطلاح : هو الاستدلال بثبوت الحكم في الجزئيات على ثبوته في الأمر الكلي لتلك الجزئيات .

وذلك بأن يكون المعلوم حال الجزئي من حيث خصوصه ، فتتصفح الجزئيات ـ جميعها أو أكثرها ـ فيعلم ثبوت ذلك الحال لها ، ثم ينتقل منه إلى ثبوته لذلك الأمر الكلي .

انواع الاستقراء :

١ ـ الاستقراء التام : وهو ما يكون فيه حصر الكلي في جزئياته ، ثم إجراء حكم واحد على تلك الجزئيات ، ليتعدى ذلك الحكم إلى ذلك الكلي . فلا بد في الاستقراء التام من تصفح جميع الجزئيات ليحكم بما ثبت لجميعها بثبوته في الكلي .

٢ ـ الاستقراء الناقص : وهو مالايكون فيه حصر الكلي في جزئياته ، بمعنى أنه لا يكون فيه تتبع لجميع جزئيات الكلي ، بل تتبع أكثر الجزئيات ليحكم بما ثبت فيها على الكلي .

وهذا التقسيم عند المناطقة ، والمراد بالبحث عند الأصوليين هو النوع الثاني ، وهو الاستقراء الناقص عند المناطقة ، لأن المراد عندهم الاستدلال به لثبوت حكم في جزئي من جزئيات الكلي .

الاستقراء لدى الاصوليين :

عرف الأصوليون الاستقراء بأنه :

الاستدلال بإثبات الحكم للجزئيات ـ الحاصل بتتبع حالها ـ ماعدا صورة النزاع ، على ثبوت الحكم لكلي تلك الجزئيات ، وبواسطة ثبوته يثبت للصورة المخصوصة المتنازع فيها .

أو : هو تتبع الحكم في جزئياته ، على حالة يغلب على الظن أنه في صورة النزاع على تلك الحالة [1] .

حجية الاستقراء :

قال الشاطبي في الموافقات بعد ذكره معنى الاستقراء وإفادته الحكم : وهو أمر مسلم به عند أهل العلوم العقلية والنقلية .

وقال القرافي بعد تعريفه والتمثيل له : وهذا الظن حجة عندنا وعند الفقهاء .

والذي يؤخذ من كلام الأصوليين انه حجة عند الشافعي رحمه الله تعالى .

وذلك أن كتب الأصول الشافعية ـ على الغالب ـ هي التي تكلمت عن هذا الأصل ، ومثلت له ، وبينت ما يفيده من حكم ، وفرعت عليه الفروع ، كما سنرى . والأسنوي في شرحه على المنهاج يعده من الأدلة المقبولة لدى الشافعي رحمه الله تعالى [2] .

والذي يؤخذ من كلام الشاطبي والقرافي : انه حجة عند مالك رحمه الله تعالى .

على أن الشاطبي يكثر في موافقاته من الاستدلال بالاستقراء في مواطن مختلفة، فهو يقرر أن الاستقراء له حكم الصيغة في إثبات العموم فيقول :

---

(١) شرح المحلي على جمع الجوامع مع حاشية البناني وتقريرات الشربيني : ٣٤٥/٢ ـ ٣٤٦ ، الأسنوي والبدخشي : ١٥٠/١ ، ١٣٢/٣ ـ ١٣٣ ، تنقيح الفصول : ٢٠٠ ، المستصفى : ٣٣/١ ، المحصول : ٨١٩/٢ .

(٢) انظر المراجع السابقة ، والموافقات : ٢٩٨/٣ .

العموم إذا ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط ، بل له طريقان : إحداهما : الصيغ إذا وردت ، وهو المشهور في كلام أهل الأصول .

والثاني : استقراء مواقع المعنى ، حتى يحصل منه في الذهن أمر كلي عام ، فيُجْرَى في الحكم مُجْرَى العموم المستفاد من الصيغ .

ثم يقول بعد أن يدلل على هذا المعنى :

ولهذه المسألة فوائد تبنى عليها ، أصلية وفرعية ، وذلك أنها إذا تقررت عند المجتهد ، ثم استقرى معنى عاماً من أدلة خاصة ، واطرد له ذلك المعنى ، لم يفتقر بعد ذلك إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعن ، بل يحكم عليها — وإن كانت خاصة — بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى ، من غير اعتبار بقياس أو غيره ، إذ صار ما استقرى من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامة ، فكيف يحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصة بمطلوبه .

ونراه — وهو يقرر أن الأصل في العبادات التعبد ، وفي العادات الالتفات إلى المعاني — يستدل على ذلك بأمور أولها الاستقراء ، فيقول :

الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد دون الالتفات إلى المعاني ، وأصل العادات الالتفات إلى المعاني . ثم قال : أما الأول : فيدل عليه أمور : منها الاستقراء ، فإنا وجدنا الطهارة تتعدى محل موجبها .. الخ . ثم يقول :

وأما أن الأصل في العادات الالتفات إلى المعاني فلأمور : أولها : الاستقراء ، فإنا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد ، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار . [الموافقات : ٢٩٨ — ٣٠٥] .

وهكذا يكثر من هذا الاستدلال في كثير من المواطن . وهذا مما يدل دلالة واضحة على أن المالكية يعتمدون الاستقراء دليلا شرعياً لاستنباط الأحكام .

ونجد الحنفية ايضاً يذكرون الاستقراء في معرض الاستدلال للأحكام الشرعية .

فمن ذلك ما ذكروه في سجدات التلاوة ، نافين وجود سجدة ثانية في سورة الحج ، وأن الأمر بها في الآية : « يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا

ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون » / الحج : ٧٧/إنما هو للصلاة • جاء في فتح القدير [١/٣٨١] : والسجدة الثانية في الحج للصلاة عندنا ، لأنها مقرونة بالأمر بالركوع ، والمعهود في مثله من القرآن كونه من أوامر ما هو ركن الصلاة بالاستقراء، نحو : « اسجدي واركعي مع الراكعين » / مريم : ٤٣ / •

ونجد مثل ذلك ـ ايضاً ـ عند الحنابلة :

فنجدهم يستدلون لأقل الحيض وأكثره بسرد حوادث عن نساء هكذا كان حيضهن،وكذلك يقولون فيأكثر الحمل : ولنا أن مالا نص فيه يرجع فيهإلى الوجود، وقد وجد الحمل لأربع سنين ، ثم يذكرون أمثلة عن النساء • وفي أقل النفاس وأكثره: يقولون مثل هذا ، والمراد عندهم بالوجود هو ما ذكرناه من معنى الاستقـراء • [المغني :١/٢٢٤ ، ٢٥١ ، ٢٦٢ ، ٨/١٢١] •

وعلى هذا ، فالظاهر : أن الجميع يعتبرون الاستقراء حجة في إفادته الحكم ، وإنما يختلفون في مدى الاعتماد عليه •

إفادة الاستقراء الحكم :

ذكر الأصوليون أن الاستقراء ــ بالمعنىالذي عرفناه به عندهم ــ نوعانأيضاً:

١ ــ تـام :

وهو ما كان ثبوت الحكم في كليه بواسطة إثباته بالتتبع لجميع الجزئيـات ماعدا صورة النزاع • وهــذا النوع يفيد القطع في إثبات الحكم في صورة النزاع عند الأكثر من العلماء •

٢ ــ ناقص :

وهو ما كان ثبوت الحكم لكليه ناشئاً عن تتبع أكثر الجزئيات ما عدا صورة النزاع • وهذا النوع يفيد الظن في إثبات الحكم في صورة النزاع •

وخالف في ذلك الرازي فقال في المحصول [٢/٨١٩] : وهذا النوع لايفيد اليقين ، وهل يفيد الظن أم لا ؟•• الأظهر أن هذا لايفيد الظن إلا بدليل منفصل •

قال الأسنوي [٣/١٣٣] : وخالفه صاحب الحاصل فجزم بأنه يفيده ، وتبعه عليه المصنف • وقال : وعلى هذا فيختلف الظن باختلاف كثرة الجزئيات المستقرأة وقلتها [1] •

وذكر ابن قاسم العبادي في حاشيته على المحلي : أن اعتبار جميع الجزئيات ما عدا صورة النزاع في النوع الأول ، وأكثر الجزئيات ما عدا صورة النزاع في النوع الثاني ، يلزم عنه خروج ما يكون بنصف الجزئيات فأقل ، فلا يكون استقراء بهذا الاعتبار •

وعلى هذا : يشكل الأمر في مسائل استند الفقهاء فيها إلى الاستقراء ، مع أنه لم يقع فيها استدلال بجميع الجزئيات ولا بأكثرها •

وهذا الذي ذكره ابن قاسم صحيح ، فإننا سنرى في الفصل الثاني أن المسائل التي اعتمد فيها على الاستقراء ، لم يتتبع فيها إلا القليل من الجزئيات • ولذلك قال : فالوجه ترك التقييد بالأكثر في الناقص ، بل يقيد بالبعض ، وينبغي ضبط البعض بما يحصل معه ظن عموم الحكم • [الآيات البينات ٤/١٧٩] •

وهذا الوجه الذي ذكره جيد وسديد ، وهو الذي يوافق الواقع والتطبيق •

دليل حجية الاستقراء :

١ ــ استدل الشاطبي لثبوت العموم بطريق الاستقراء بثلاثة وجوه فقال :

والدليل على صحة هذا الثاني وجوه :

أحدها : أن الاستقراء هكذا شأنه ، فإنه تصفح جزئيات ذلك المعنى ليثبت من جهتها حكم عام : إما قطعي ، وإما ظني • وهو أمر مسلم عند أهل العلوم العقلية والنقلية ، فإذا تم الاستقراء حكم به مطلقاً في كل فرد يقدر ، وهو معنى العموم المراد في هذا الموضع •

الثاني : أن التواتر المعنوي هذا معناه ، فإن جود حاتم ــ مثلا ــ إنما ثبت على الإطلاق من غير تقييد ، وعلى العموم من غير تخصيص ، بنقل وقائع خاصة

---

(١) انظر المحلي على جمع الجوامع مع حاشية البناني : ٢/٣٤٥ ــ ٣٤٧ •

متعددة تفوت الحصر مختلفة الوقائع ، متفقة في معنى الجود ، حتى حصلت للسامع معنى كلياً حكم به على حاتم وهو الجود ، ولم يكن خصوص الوقائع قادحاً في هذه الإفادة • فكذلك إذا فرضنا أن رفع الحرج في الدين ـ مثلا ـ مفقود فيه صيغة عموم ، فإننا نستفيد من نوازل متعددة ، خاصة ، مختلفة الجهات ، متفقة في أصل رفع الحرج ، كما إذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء ، والصلاة قاعداً عند مشقة طلب القيام ، والقصر والفطر في السفر ، والجمع بين الصلاتين في السفر والمرض والمطر ، والنطق بكلمة الكفر عند مشقة القتل والتأليم ، وإباحة الميتة وغيرها عند خوف التلف الذي هو أعظم المشقات ، والصلاة إلى أي جهة كان لعسر استخراج القبلة ، والمسح على الجبائر والخفين لمشقة النزع ولرفع الضرر ، والعفو في الصيام عما يعسر الاحتراز منه من المفطرات كغبار الطريق ونحوه ، إلى جزئيات كثيرة جداً يحصل من مجموعها قصد الشارع لرفع الحرج في الأبواب كلها عملا بالاستقراء ، فكأنه عموم لفظي ، فإذا ثبت اعتبار التواتر المعنوي ثبت في ضمنه ما نحن فيه •

الثالث : أن قاعدة سد الذرائع إنما عمل السلف بها بناء على هذا المعنى ، كعملهم في ترك الأضحية مع القدرة عليها ، وكإتمام عثمان الصلاة في حجه بالناس ، وتسليم الصحابة له في عذره الذي اعتذر به من سد الذريعة ، إلى غير ذلك من أفرادها التي عملوا بها ، مع أن النصوص فيها إنما هي أمور خاصة كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا » / البقرة : ١٠٤ / وقوله : « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم » / الأنعام : ١٠٨ / • وفي الحديث : (من أكبر الكبائر أن يسب الرجل والديه) [مسلم : ١/٩٢] وأشباه ذلك • وهي أمور خاصة لاتتلاقى مع ماحكموا به إلا في معنى سد الذريعة ، وهو دليل على ماذكر من غير إشكال • [الموافقات : ٣/٢٩٨ ـ ٣٠٠] •

٢ ـ واستدل أيضاً لوجوب العمل به بقوله ﷺ : (نحن نحكم بالظاهر) •
والاستقراء يفيد الحكم ظاهراً ، فيجب الحكم به عملا بالحديث •
[المحصول : ٣/٨١٩ ، الأسنوي : ٣/١٣٣]

* * *

الفصل الثاني

أثر الاستقراء

وفيه المسائل التالية :

١ ـ مدة الحيض (أقله وأكثره)

٢ ـ دم الحامل حيض أم استحاضة

٣ ـ أكثر مدة الحمل

٤ ـ مدة النفاس

٥ ـ حكم صلاة الوتر

لقد انبنى على اعتماد هـذا الأصـل خلاف في بعض المسائـل والفروع الفقهية ، منهـا :

المسألة الأولى (أقل الحيض وأكثره) :

اختلف الأئمة في مدة أقل الحيض وأكثره :

١ ــ فذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى:أن أقل الحيض ثلاثةأيام بلياليها، وأكثره عشرة أيام ولياليها .

قال في بداية المبتدي [١/١١١ ــ ١١٢] : أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها ، وما نقص من ذلك فهو استحاضة ، وأكثره عشرة أيام ولياليها ، والزائد استحاضة .

٢ ــ وذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى : أن أقله يوم وليلة ، وأكثره خمسة عشر يوماً ولياليها .

قال النووي في المنهاج [١/١٠٩] : وأقله يوم وليلة ، وأكثره خمسة عشـر بلياليها .

وقال ابن قدامة في المغني [١/٢٢٤] : وأقل الحيض يوم وليلة ، وأكثـره خمسة عشر يوماً . هذا الصحيح من مذهب أبي عبد الله .

٣ ــ وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : أنه لا حد لأقل الحيض ، وأما أكثره فخمسة عشر يوماً .

قال ابن رشد في بداية المجتهد [١/٤٩] : وأما أقل أيام الحيض فلا حد لها عندمالك ، بل قد تكون الدفعة الواحدة عنده حيضاً ، إلا أنه لايعتد بها في الأقراء في الطـلاق .

وقال : فروي عن مالك أن أكثر أيام الحيض خمسة عشر يوماً .

الأدلــة :

١ ــ اعتمد الحنفية فيما ذهبوا إليه على قول الصحابي .

إذ إن الموضوع من المقدرات التي لا تدرك بالرأي ، وقول الصحابي فيهـ حجــة عندهــم .

وقول الصحابي المعتمد عندهم في هذا : هو ما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال : الحيض ثلاث وأربع وخمس وست وسبع وثمان وتسع وعشر، فإذا زاد فهي مستحاضة .

وما روي أيضاً عن أنس رضي الله عنه ــ موقوفاً ومرفوعاً ــ أنه قال : الحيض ثلاثة أيام وأربعة وخمسة وستة وسبعة وثمانيــة وتسعة وعشرة ، فإذا جاوزت العشرة فهي مستحاضة . قالوا : والمروي عنهم كالمروي عن النبي ﷺ ، لأن المقادير لا تعرف قياساً .

واحتجوا أيضاً : بما رواه الدارقطني من حديث واثلة بن الأسقع رضــي الله عنه ، عن النبي ﷺ أنه قال : (أقل الحيض للجارية ــ البكر والثيب ــ ثلاثة أيام ولياليها ، وأكثره عشرة أيام)[١] .

ولقد ذكر ابن الهمام الطرق التي وردت بها هذه الأحاديث موقوفة ومرفوعة ، مبيناً تضعيف العلماء لها ، ثم قال : فهذه عدة أحاديث عن النبي ﷺ متعددة الطرق ، وذلك يرفع الضعيف إلى الحسن . والمقدرات الشرعية ممــا لا تــدرك بالرأي ، فالموقف فيها حكمه الرفع ، بل تسكن النفس بكثرة ما روي فيه عن الصحابة والتابعين إلى أن المرفوع مما أجاد فيه ذلك الراوي الضعيف .
[الهداية وشروحها : ١/١١١ ــ ١١٢]

٢ ــ وعمدة الشافعي رحمه الله تعالى في ذلك الاستقراء .

قال النووي : ومن الاستقراء أن ذلك موجود مشاهد ، ومن أظرفه ما نقله

---

(١) اخرجه الدارقطني بروايات متعددة مع اختــلاف في الألفــاظ : ١/٢٠٨ وما بعدها .

القاضي أبو الطيب في تعليقه قال : أخبرتني امرأة عن أختها أنها تحيض في كل سنة يوماً وليلة ، وهي صحيحة تحبل وتلد ، ونفاسها أربعون يوماً .
[انظر مغني المحتاج : ١/١٠٩ ، المجموع : ٢/٣٩٣]

قال في الأم : وخالفنا بعض الناس في شيء من المحيض والمستحاضة وقال : لا يكون الحيض أقل من ثلاثة أيام . فإن امرأة رأت الدم يوماً أو يومين أو بعض يوم ثالث ولم تستكمله فليس هذا بحيض ، وهي طاهر تقضي الصلاة فيه . ولا يكون الحيض أكثر من عشرة أيام ، فما جاوز العشرة بيوم أو أقل أو أكثر فهو استحاضة . هـ

وأخذ يناقش هذا القول مثبتاً صحة ما ذهب إليه ثم قال :

قلت : قد رأيت امرأة أثبت لي عنها أنها لم تزل تحيض يوماً ، ولا تزيد عليه .

وأثبت لي عن نساء أنهن لم يزلن يحضن أقل من ثلاث ، وعن نساء أنهن لم يزلن يحضن خمسة عشر يوماً ، وعن امرأة أو أكثر أنها لم تزل تحيض ثلاث عشرة .

فكيف زعمت أنه لا يكون ما قد علمنا أنه يكون ؟

ثم يتابع المناقشة مبيناً المراد من أقاويل الصحابة إن صحت ، مثبتاً ضعف ماورد من حديث في هذا الباب . [الأم : ١/٥٥ وما بعدها] .

٣ ــ وأما مالك وأحمد رحمهما الله تعالى فعمدتهم في هذا الباب العرف والعادة والتجربة ، حيث إن الحيض ورد في الشرع مطلقاً من غير تحديد ، كما ورد في قوله تعالى : « فاعتزلوا النساء في المحيض » / البقرة ٢٢٢ / . ولا حد له في اللغة ولا في الشريعة ، فيجب الرجوع فيه إلى العرف والعادة ، كما يرجع إلى ذلك في القبض والإحراز والتفرق وأشباهها .

قال في المغني : وقد وجد حيض معتاد يوماً ، قال عطاء : رأيت من النساء من تحيض يوماً وتحيض خمسة عشر .

وقال أحمد : حدثني يحيى بن آدم قال : سمعت شريكاً يقول : عندنا امرأة تحيض كل شهر خمسة عشر يوماً حيضاً مستقيماً .

وذكر اسحق بن راهويه عن بكر بن عبد الله المزني أنه قال : تحيض امرأتي يومين • وقال إسحق : قالت امرأة من أهلنا معروفة : لم أفطر منذ عشرين سنة في شهر رمضان إلا يومين • قال ابن قدامة : وقولهن يجب الرجوع إليه ، لقوله تعالى: « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن » / البقرة : ٢٢٨ / • فلولا أن قولهن مقبول ما حرم عليهن الكتمان ، وجرى ذلك مجرى قوله : « ولا تكتموا الشهادة » / البقرة : ٢٨٣ / •

قال : ولم يوجد حيض أقل من ذلك عادة مستمرة في عصر من الأعصار ، فلا يكون حيضاً بحال • [المغني : ١/٢٢٥] •

وظاهر استدلال الحنابلة من سرد الحوادث عن عديد من النساء أنهم يعتمدون في هذا على الاستقراء ، وهو ما يعبرون عنه بالوجود ــ أحياناً ــ كما ذكروا في استدلالهم لأكثر الحمل ، ولعل إطلاقهم العرف والعادة هنا بهذا المعنى • وكذلك المالكية •

قال ابن رشد بعد ذكره أقوال العلماء في هذه المسألة :

وهذه الأقاويل كلها ــ المختلف فيها عند الفقهاء في أقل الحيض وأكثره ، وأقل الطهر ــ لا مستند لها إلا التجربة والعادة ، وكل إنما قال من ذلك ما ظن أن التجربة أوقفته على ذلك ، ولاختلاف ذلك في النساء عسر أن يعرف بالتجربة حدود هذه الأشياء في أكثر النساء ، ووقع الخلاف الذي ذكرنا •
[بداية المجتهد : ١/٤٩ ، وانظر الشرح الكبير : ١/١٦٨]

المسألة الثانية : دم الحامل حيض او استحاضة :

اختلفوا في الحامل ترى الدم : هل يعتبر ذلك حيضاً أو استحاضة ؟

١ ــ ذهب مالك والشافعي ــ في الجديد ، وهو الأظهر ــ رحمهما الله تعالى إلى : أن دم الحامل حيض •

قال ابن رشد : ذهب مالك إلى أن الحامل تحيض •

وقال الخطيب الشربيني : والأظهر الجديد أن دم الحامل حيض ، وإن ولدت متصلا بآخره بلا تخلل نقـاء •
[بداية المجتهد : ١/٥١ ، وانظر مغني المحتاج : ١/١١٨]
٢ ــ وذهب الحنفية إلى : أن الحامل لا تحيض مطلقاً ، وأن ما تراه من دم فهو استحاضة •

قال في بداية المبتدي : [١/١٢٩] : والدم الذي تراه الحامل ابتداء ــ أو حال ولادتها قبل خروج الولد ــ استحاضة وإن كان ممتداً •

٣ ــ وذهب الحنابلة إلى : أن الحامل لا تحيض ، وما تراه من الدم فهـو استحاضة ، إلا إذا رأته قبل ولادتها بيومين أو ثلاثة فهو دم نفاس •

قال الخرقي : والحامل لا تحيض ، إلا أن تراه قبل ولادتها بيومين أو ثلاثة فيكون دم نفاس • قال ابن قدامة : مذهب أبي عبد الله رحمه الله : أن الحامـل لا تحيض ، وما تراه من الدم فهو دم فساد • وقال : قال يعقوب بن بختان : سألت أحمد عن المرأة إذاضربها المخاض قبل الولادة بيوم أو يومين ، تعيد الصلاة ؟ قال : لا • [المغني : ١/٢٦١ ــ ٢٦٢]

الأدلـة :

١ ــ أما مالك رحمه الله تعالى فاحتج بما عليه الأمر في المدينة • جاء في الموطأ [١/٦٠] : عن مالك : أنه بلغه أن عائشة زوج النبي ﷺ قالت في المرأة الحامل ترى الدم : إنها تدع الصلاة • وأنه سأل ابن شهاب عن المرأة الحامل ترى الدم ؟

قال : تكف عن الصلاة • قال مالك : وذلك الأمر عندنا •

٢ ــ وأما الشافعية فعمدتهم :

أ ــ إطلاق قوله تعالى : « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى » / البقرة : ٢٢٢ / • وكذلك عموم الأخبار الواردة في الحيض •

ب ــ أن دم الحامل دم متردد بين دمي العلة والجبلة ، والأصل السلامة من العلة ، فيكون دم جبلة ، وهو الحيض •

جـ ــ قياساً على دم المرضع ، قال في المجموع : المرضع لا تحيض غالبـاً ، وكذا الحامل ، فلو اتفق رؤية الدم في حال الرضاع كان حيضاً بالاتفاق ، فكذا في حال الحمل ، فهما سواء في الندور ، فينبغي أن يكونا سواء في الحكم بأنهما حيض • [المجموع : ٢/٣٩٦ ، وانظر مغني المحتاج : ١/١١٨]

وهذا نوع استقراء كما هو ظاهر •

٣ ــ وأما الحنفية : فقد احتجوا لما ذهبوا إليه بأن العادة المستمرة لـدى النساء عدم خروج الدم من الحامل ، وذلك أن فم الرحم ينسد بالحبل ، فلا يخرج الدم إلا بالولادة لانتفاخ فم الرحم بخروج الولد•وعلى فرض أنه قد يخرج فخروجه نادر قد لا يراه الإنسان ولا يسمع به في عمره • وعلى هذا يجب أن يحكم في كل حامل بانسداد رحمها اعتبارا للمعهود من أبناء نوعها •و ذلك يستلزم إذا رأت الدم أن يحكم بكونه غير خارج من الرحم ، وإذا حكم بأنه غير خارج من الرحم لايكون حيضــاً •

قال ابن الهمام بعد تقريره هذا الدليل : ولذا حكم الشارع بكون وجود الدم دليلا على فراغ الرحم في قوله ﷺ : (ألا ، لا تنكح الحبالى حتى يضعن ، ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضه) • [فتح القدير : ١/١٢٩ ــ ١٣٠]

ومضمون هذا الاستدلال أنه استدلال بالاستقراء •

٤ ــ وأما الحنابلة فحجتهم :

أ ــ قوله ﷺ : (لا توطأ حامل حتى تضع،ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة)[1] فجعل وجود الحيض علماً على براءة الرحم ، فدل ذلك على أنه لا يجتمع مع الحمل •

ب ــ حديث ابن عمر رضي الله عنه : أنه طلق امرأته وهي حائض ، فسأل عمر النبي ﷺ فقال : (مره فليراجعها ، ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا) [الترمذي : ٢/٣٢١] • فجعل الحمل علماً على عدم الحيض كما جعل الطهر علماً عليه •

---

(١) اخرجه أبو داود [٢١٥٧] بلفظ : (ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة) .

جـ ـ لأن مدة الحمل زمن لا يعتادها الحيض فيه غالباً ، فلم يكن ما تراه فيه حيضاً ، كالآيسة . قال أحمد : إنما يعرف النساء الحمل بانقطاع الدم .

وهذا نوع استقراء أيضاً لدى الحنابلة .

د ـ قالوا : إن الدم الذي يخرج قبل الولادة بيومين أو ثلاثة دم خرج بسبب الولادة . فكان نفاساً ، كالخارج بعدها ، وإنما يعلم خروجه بسبب الولادة إذا كان قريباً منها ، ويعلم ذلك برؤية أماراتها من المخاض ونحوه في وقته .

[المغني : ١/٢٦١ ـ ٢٦٢]

المسألة الثالثة : أكثر مدة الحمل :

اتفق الأئمة على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، واختلفوا في أكثر مدته :

١ ـ ذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أن أكثر مدة الحمل سنتـــان .

قال في الهداية [٣/٣١٠] : وأكثر مدة الحمل سنتان .

٢ ـ وذهب الشافعي ومالك ـ في المشهور عنه ـ وأحمد ـ في ظاهـــر المذهب ـ رحمهم الله تعالى : إلى أن أكثر مدة الحمل أربع سنوات .

ذكر في الأم ما يدل على ذلك ، فقد قال الشافعي في معرض الكلام عن عدة من رفعتها الحيضة : وقد قيل إن مدتها أكثر الحمل ، وهو أربع سنين .

وقال في معرض الكلام عن عدة الحامل : وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً يملك فيه الرجعة أو لا يملكها ، فلم يحدث لها الزوج رجعة ولا نكاحاً حتى ولدت لأكثر من أربع سنين من يوم طلقها الزوج ، وأنكر الزوج الولد ولم يقر بالحمل ، فالولد منفي عنه بلا لعان ، لأنها ولدت بعد الطلاق لما لا تلد له النساء .

وقال أيضاً في نفس الباب : وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً يملك فيه الرجعـــة أو لا يملكها ، فأقرت بانقضاء العدة أو لم تقربها ، حتى ولدت ولداً لم يجاوز أربع سنين من الساعة التي وقع فيها الطلاق أو أقل ، فالولد أبداً لاحـــق بالأب لأكثر ما يكون له حمل النساء من يوم طلقها . [الأم : ٥/١٩٤ ، ٢٠٣ ، ٢٠٤] .

وقال ابن رشد في باب العدد : وأما المسترابة ــ أعني التي تجد حساً في بطنها تظن به أنه حمل ــ فإنها تمكث أكثر مدة الحمل ، وقد اختلف فيه : فقيل في المذهب أربع سنين ، وقيل خمس سنين •
[بداية المجتهد : ٢/٩٢ ، وانظر حاشية الدسوقي : ٢/٤٦٩ ــ ٤٧٤]

وقال ابن قدامة : ظاهر المذهب أن أقصى مدة الحمل أربع سنين ، وروي عن أحمد أن أقصى مدته سنتان • [المغني : ٨/١٢١]

الأدلــة :

١ ــ حجة الحنفية قول الصحابي ، وهو قول عائشة رضي الله عنها : الولــد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل • وفي رواية : ولو فلكة مغزل •

قالوا : وهذا مما لا يدرك بالرأي لأنه من المقادير ، والعقل لا يهتدي إلى معرفة المقادير ، فالظاهر أن عائشة رضي الله عنها قالته سماعاً •

وقول الصحابي ــ إذا كان مما لا يدرك بالرأي ــ فهو حجة عند الحنفيــة باتفاق • [الهداية وشروحها : ٣/٣١٠] •

٢ ــ وأما القائلون : إنها أربع سنين،فحجتهم في ذلك الاستقراء ، إذ إن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود ، وقد وجد الحمل لأربع سنوات •

جاء في المغني لابن قدامة : روى الوليد بن مسلم قال : قلت لمالك بن أنس : حديث جميلة بنت سعد عن عائشة : لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل ؟ قال مالك: سبحان الله ، من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلــد •

وقال الشافعي : بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين •

وقال أحمد : نساء بني عجلان يحملن أربع سنين ، وامرأة عجلان حملت ثلاثة بطون كل دفعة أربع سنين ، وبقي محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسن بن علي في بطن أمه أربع سنين ، وهكذا إبراهيم بن نجيح العقيلي ، حكى ذلك أبو الخطاب •

قال ابن قدامة : وإذا تقرر وجوده وجب أن يحكم به ،و لا يزادعليه لأنه ماوجده

وقال أيضاً : إن عمر رضي الله عنه ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ، ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحمل • وروي ذلك عن عثمان وعلي ، رضي الله عنهما ، وغيرهما•
[المغني : ٨/١٢١ ـــ ١٢٢ ، وانظر مغني المحتاج : ٣/٣٩٠]

المسألة الرابعة : مدة النفاس :

اتفق الأئمة الأربعة على أنه لا حد لأقل النفاس ، فقد يكون لحظة ، وقد تكون ولادة بلا نفاس •

واختلفوا في أكثره :

١ ـــ فذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى أن أكثر النفاس ستون يوماً ، وهو قول مالك الأول ، وعليه أصحابه •

قال النووي : فمذهبنا المشهور الذي تظاهرت عليه نصوص الشافعي رحمه الله وقطع به الأصحاب : أن أكثر النفاس ستون ، ولا حد لأقله • [المجموع : ٨/٥٢٦]•

وقال ابن رشد : اختلفوا في أقل النفاس وأكثره : فذهب مالك إلى أنه لا حد لأقله ، وأما أكثره : فقال مالك مرة : هو ستون يوماً ، ثم رجع عن ذلك فقال : يسأل عن ذلك النساء ، وأصحابه ثابتون على القول الأول •
[بداية المجتهد : ١/٥٠ ، وانظر الشرح الكبير : ١/١٧٤]

٢ ـــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أن أكثر النفاس أربعون يوماً ، وهو مذهب أحمد رحمه الله تعالى ، وحكي عنه رواية أخرى مثل قول الشافعي •

قال في الهداية : وأقل النفاس لا حد له ، وأكثره أربعون يوماً ، والزائد عليه استحاضة • [الهداية وشروحها : ١/١٣٠ ـــ ١٣١] •

وقال الخرقي : وأكثر النفاس أربعون يوماً ، وليس لأقله حد ، أي وقت رأت الطهر اغتسلت وهي طاهر • قال ابن قدامة : وحكى ابن عقيل عن أحمد رواية مثل قولهما (أي مالك والشافعي) • [المغني : ١/٢٥٠ ـــ ٢٥١] •

الأدلـة :

عمدة القائلين إنه ستون يوماً : الاستقراء ، فإنه قد وجد نساء يرين النفاس هذه المدة ، والاعتماد في هذا الباب على الوجود .

قال النووي : واحتج أصحابنا بأن الاعتماد في هذا الباب على الوجود ، وقد ثبت الوجود في الستين ــ فقد روي عن الأوزاعي قال : عندنا امرأة ترى النفاس شهريــن ــ فتعين المصير إليه ، كما قلنا في أقل الحيض والحمل وأكثرهما .

وقال ابن رشد : وسبب الخلاف عسر الوقوف على ذلك بالتجربة لاختلاف أحوال النساء في ذلك ، ولأنه ليس هنالك سنة يعمل عليها ، كالحال في اختلافهم في أيام الحيض والطهر . [المراجع السابقة لدى ذكر الأقوال] .

والمراد بالتجربة والوجود ــ كما هو ظاهر ــ الاستقراء بالمعنى الذي ذكرناه .

٢ ــ حجة القائلين بأن أكثره أربعون يوماً :

أ ــ ما روى أبو سهل كثير بن زياد عن مسة الأزدية عن أم سلمة رضي الله عنها قالت : كانت النفساء تجلس على عهد النبي ﷺ أربعين يوماً وأربعين ليلة .

رواه أبو داود [١/٧٤] والترمذي [١/٩٢] وقال : هذا الحديث لا نعرفه إلا من حديث أبي سهل ، وهو ثقة . قال الخطابي : أثنى محمد بن إسماعيـــل (أي البخاري) على هذا الحديث .

قال في فتح القدير : ومعنى الحديث : كانت تؤمر أن تجلس إلى الأربعين ، ليصح ، إذ لا يتفق عادة جميع أهل عصر في حيض أو نفاس .

ب ــ ما روى الحكم به عتيبة ، عن مسة عن أم سلمة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنها سألته : كم تجلس المرأة إذا ولدت ؟ قال : (أربعين يوماً ، إلا أن ترى الطهر قبل ذلك) [الدارقطني : ١/٢٢٣] . قال في فتح القدير : وروي هذا من عدة طرق لم تخل عن الطعن، لكنه يرتفع بكثرتها إلى الحسن .

جـ ــ أن هذا مروي عن عمر وابنه وعائشة وابن عباس وأبي هريرة وأم سلمة وأم حبيبة وعثمان بن أبي العاص ، وعائذ بن عمرو رضي الله عنهم ، ومثله لا يعرف

إلا سماعاً ، فيكون في حكم المرفوع ، وكذلك لم يعرف لهم في عصرهم مخالف ، فيكون إجماعاً . وقد حكى الإجماع أبو عيسى الترمذي قال : أجمع أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ومن بعدهم على : أن النفساء تدع الصلاة أربعين يوماً ، إلا أن ترى الطهر قبل ذلك ، فتغتسل وتصلي . وقال أبو عبيد : وعلى هذا جماعة الناس . [المغني : ١/٢٥٠ ـ ٢٥١ ، الهداية وشروحها : ١/١٣٠ ـ ١٣١] .

المسألة الخامسة : حكم صلاة الوتر :

اختلف الأئمة في حكم صلاة الوتر ، هل هي سنة أم واجب ؟

١ ـ فذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى أن الوتر سنة مؤكدة ، وبهذا قال صاحبا أبي حنيفة ـ أبو يوسف ومحمد ـ رحمهم الله تعالى .

قال في الشرح الكبير [١/٣١٧] : والوتر سنة آكد السنن .
[وانظر بداية المجتهد : ١/٨٦]

وقال في الأم [١/١٢٥] : التطوع وجهان :

أحدهما : صلاة جماعة مؤكدة ، فلا أجيز تركها لمن قدر عليها ، وهي : صلاة العيدين ، وخسوف الشمس والقمر ، والاستسقاء .

وصلاة منفرد ، وبعضها أوكد من بعض ، فأوكد ذلك الوتر ، ويشبه أن يكون صلاة التهجد ، ثم ركعتا الفجر . قال : ولا أرخص لمسلم في ترك واحدة منهما وإن لم أوجبهما ، ومن ترك واحدة منهما أسوأ حالا ممن ترك جميع النوافل .

وقال ابن قدامة : الوتر غير واجب ، وهو سنة مؤكدة : قال أحمد : من ترك الوتر عمداً فهو رجل سوء ، ولا ينبغي أن تقبل له شهادة . وأراد المبالغة في تأكيده ، وقد صرح في رواية حنبل فقال : الوتر ليس بمنزلة الفرض ، فلو أن رجلا صلى الفريضة وحدها جاز له . [المغني : ٢/١١٧ ـ ١١٩] .

٢ ـ وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى : أن الوتر واجب .

قال في الهداية [١/٣٠٠] : الوتر واجب عند أبي حنيفة ، وقالا : سنة .

الأدلــة :

١ ــ حجة القائلين بعدم الوجوب :

أ ــ حديث طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه قال : (جاء رجل من أهل نجد ، فإذا هو يسأل عن الإسلام ، فقال رسول الله ﷺ : خمس صلوات في اليوم والليلة. فقال : هل علي غيرها ؟ فقال : لا ، إلا أن تطوع . وسأله عن الزكاة والصيام ، وقال في آخره : والله لا أزيد على هذا ولا أنقص . فقال النبي ﷺ : (أفلح إن صدق) . [البخاري : ١/١٩]

وجه الاستدلال به : أن النبي ﷺ أخبره أن الواجب من الصلوات إنما هو الخمس ، وفيه تصريح بأن الزيادة على الخمس إنما تكون تطوعاً،وكذلك فيه تصريح بأنه لا يأثم أحد إذا ترك الزيادة على الصلوات الخمس .

ب ــ ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن فقال : (ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله ، فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله قد افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة ، فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله فرض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد إلى فقرائهم) . [البخاري : ٢/١٣٠]

قال النووي في المجموع : وهذا من أحسن الأدلة ، لأن بعث معاذ رضي الله عنه إلى اليمن كان قبل وفاة النبي ﷺ بقليل جداً .

جـ ــ ما روي عن علي رضي الله عنه قال : إن الوتر ليس بحتم،ولا كصلواتكم المكتوبة ، ولكن رسول الله ﷺ أوتر ثم قال : (يا أهل القرآن أوتروا ، فإن الله وتر يحب الوتر) .

د ــ ما روى عبد الله بن محيريز : أن رجلا من بني كنانة ــ يدعى المخدجي ــ سمع رجلا بالشام ــ يدعى أبا محمد ــ يقول : إن الوتر واجب ، قال : فرحت إلى عبادة بن الصامت فأخبرته ، فقال عبادة : كذب أبو محمد ، سمعت رسول الله ﷺ يقول : (خمس صلوات كتبهن الله تعالى على العباد ، فمن جاء بهن لم يضيع منهن شيئاً

استخفافاً بحقهن ، كان له عند الله عهد أن يدخله الجنة ، ومن لم يأت بهن فليس له عند الله عهد ، إن شاء عذبه ، وإن شاء أدخله الجنة) .
[ابن ماجه : ١/٤٤٨ ، والنسائي ، وأبو داود]

هـ ـ ما روى مالك أنه بلغه أن رجلا سأل عبد الله بن عمر عن الوتر ، أواجب هو ؟ فقال عبد الله بن عمر : قد أوتر رسول الله ﷺ وأوتر المسلمون . فجعل الرجل يردد عليه وعبد الله بن عمر يقول : أوتر رسول الله ﷺ وأوتر المسلمون .

و ـ ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما : أن رسول الله ﷺ كان يصلي الوتر على راحلته ، ولا يصلي عليها المكتوبة . [البخاري : ٢/٣٢ ، مسلم : ١/٤٨٧]

قال في المجموع [٣/٥١٧] : واستدل به الشافعي والأصحاب على أن الوتر ليس بواجب . هـ

ووجه الاستدلال ـ عندهم ـ الاستقراء . وذلك أن الوتر يؤدى على الراحلة بالإجماع ، وكل ما يؤدي على الراحلة لا يكون واجباً ، وذلك باستقراء وظائف اليوم والليلة أداء وقضاء ، وعليه لا يكون الوتر واجباً .

قال في المستصفى [١/٣٣] : أما الاستقراء فهو عبارة عن تصفح أمور جزئية لنحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات ، كقولنا في الوتر : ليس بفرض ، لأنه يؤدى على الراحلة ، والفرض لا يؤدى على الراحلة ، فيقال : لم قلتم إن الفرض لا يؤدى على الراحلة ؟ فيقال : عرفناه بالاستقراء ، إذ رأينا القضاء والأداء والمنذور وسائر أصناف الفروض لا تؤدى على الراحلة ، فقلنا : إن كل فرض لا يؤدى على الراحلة .

وبنظير هذا المعنى استدل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى حيث قالا : ظهرت آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ، ولا يؤذن له ، فيكون سنة . وذكر ابن قدامة مثل هذا حيث قال : ولأنه يجوز فعله على الراحلة من غير ضرورة ، فلم يكن واجباً ، كالسنن .
[المجموع : ٣/٥١٥ ـ ٥١٦ ، المغني : ٢/١١٨ ، الموطأ : ١/١٢٣ ـ ١٢٤ ، مغني المحتاج : ١/٢٢١ ، الهداية وشروحها : ١/٣٠٠ ، الأسنوي : ٣/١٣٣]

٢ ـ حجة القائلين بالوجوب :

أ ــ ما رواه أبو نضرة الغفاري : أن رسول الله ﷺ قال : (إن الله تعالى زادكم صلاة ألا وهي الوتر ، فصلوها ما بين العشاء إلى طلوع الفجر) .
[الحاكم في المستدرك : ٣/٥٩٣]

ذكر ابن الهمام طرق هذا الحديث ، وناقش تضعيف العلماء لها ثم قال : فتم أمر هذا الحديث على أتم وجه في الصحة،ولو لم يكن هذا كان في كثرة طرقه المضعفة ارتفاع له إلى الحسن ، بل بعضها حسن حجة .

ووجه الاستدلال بالحديث :

أولا : أنه قال ﷺ : زادكم ، والزيادة لا تتحقق إلا في الواجبات لأنها محصورة بعدد ، ولا تتحقق في النوافل ، لأنها لاحصر لها .

ثانياً : أنه أضاف الزيادة إلى الله تعالى،والسنن إنما تضاف إلى رسول الله ﷺ .

ثالثاً : أن الزيادة على الشيء إنما تتحقق إذا كانت من جنس المزيد عليه ،والمزيد عليه فرض ، فكذا الزائد ، إلا أن الدليل غير قطعي ، فصار واجباً .

رابعاً : الأمر في قوله : فصلوها ، فإنه للوجوب .

قال ابن الهمام بعد الكلام عن هذا الحديث والاستدلال به :

والأولى التمسك فيه بما في أبي داود [١/٣٢٨] ــ ورواه الحاكم وصححه ــ عن أبي المنيب عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ : (الوتر حق، فمن لم يوتر فليس مني ، الوتر حق فمن لم يوتر فليس مني ، الوتر حق فمن لم يوتر فليس مني) .

ب ــ قالوا : هو كذلك صلاة لها صفات الصلاة المفروضة ، حيث إنه صلاة مقضية ومؤقتة ، فتجب ، كالمغرب . [الهداية وشروحها : ٣٠٠ ــ ٣٠٣] .

★ ★ ★

خاتمة

في

بيان أثر المصادر التشريعية ـ من حيث تعددها وتنوعها ـ في الشريعة الإسلامية من حيث مرونتها واتساعها وصلاحيتها لكل زمان ومكان ـ مع الإبقاء على جوهرها وذاتيتها

إن الله سبحانه وتعالى أرسل نبيه محمداً ﷺ ليكون للعالمين نذيراً ، وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً منيراً ، وأنزل عليه الكتاب بالحق ليبين للناس مانزل إليهم ويهديهم إليه صراطاً مستقيما ، وجعل شريعته خاتمة الشرائع إلى يوم الدين ، وجعله خاتم الأنبياء والمرسلين : « ما كان محمداً أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين » / الأحزاب : ٤٠ / • فكان الناس ــ على اختلاف أجناسهم وألوانهم ، وتباعد أقطارهم وتباين لهجاتهم ــ مكلفين باتباع هديه والتزام طريقه : « وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً » / سبأ : ٢٨ / • وكان ﷺ المنقذ للإنسانية من غيابات الجهل ومن وهدة الضلال والعمى إلى العلم والمعرفة والإيمان والهدى : « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » / الأنبياء :١٠٧ / •

وكانت هذه الشريعة جامعة مانعة مهيمنة على الشرائع كلها ، لا تحتاج إلى زيادة ولا تعديل : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً » / المائدة : ٣ / •

كما كانت هذه الشريعة متضمنة لكل خير ، منزهة عن كل شر ، ليس فيها إلا ما يصلح أمور العباد في داري المعاش والمعاد ، لأنها شريعة الخالق إلى المخلوق ، فهي طريق العابد إلى المعبود : « وإنه لكتاب عزيز • لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد » / فصلت : ٤١ ، ٤٢ / •

ولقد حفظ الله سبحانه هذه الشريعة من أن تنالها أيدي التغيير والتبديل ، أو تعبث بها أهواء الزائغين والمضللين بالتحريف والتأويل ، أو يطمع ذو مرض أو هوس أن يطمس معالمها ويستأصل شأفتها : « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون » / الحجر : ٩ / •

كما جعل الله تعالى هذه الشريعة هي منهاج الحياة ، وأوجب على الإنسانية جمعاء أن تسير على وفقه في شتى مرافق حياتها ، حتى تضمن السعادة الخالدة ،

فتحقق الحياة الفضلى في دنياها،وتكفل النعيم والنجاة في أخراها :«وأن لو استقاموا على الطريقة لأسقيناهم ماءاً غدقاً » / الجن : ١٦ / •

وكان في اتباع هذه الشريعة الهداية والنور : « فمن اتبع هداي فلا يضل ولا يشقى » / طه : ١٢٣ / • وكان في الإعراض عنها التعاسة والشقاء والبؤس والفناء : « ومن أعرض عن ذكري فإن له معيشة ضنكاً ونحشره يوم القيامة أعمى » / طـه : ١٢٤ / •

ولهذه المعاني كلها ــ وغيرها مثلها كثير ــ اقتضت حكمة الله تعالى أن تكون هذه الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، تكفل للناس الحياة المثلى، مهما تباعدت بهم الديار، واختلف فيهم الأقاليم ومضت عليهم الأجيال ، فترعى مصالحهم في كل حين وآن بما يجلب لهم النفع ويدفع عنهم الضر والفساد ، وتضفي عليهم اليسر ، وترفع عنهم الحرج والعسر في كل شأن من شؤونهم وحال من أحوالهم : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » / البقرة :١٨٥ / • « وما جعل عليكم في الدين من حرج » / الحج : ٧٨ / •

وهذا من شأنه أن تكون هذه الشريعة ــ بأحكامها وتشريعاتها ، وقواعدها وتقنيناتها ، وأصولها وفروعها ــ مرنة مرونة الحياة، ومتسعة اتساع الكون، ليتمكن الناس من العمل بها ، والسير على هديها والالتزام بحكمها ، وهي هي شريعة الله المنزلة وآياته المحكمة وقرآنه المعجز ، لا تداخلها الجاهليات المختلفة في حكم من أحكامها أو شأن من شؤونها : « فماذا بعد الحق إلا الضلال » / يونس : ٣٢ /•

وهذا ما كفله الله سبحانه في هذه الشريعة للمهتدين بهديها الذين لا يعدلون عن سننها ، ولا تنحرف بهم الأهواء عن سمو تشريعها ولا تزيغ قلوبهم عن فيض حكمها وأحكامها : « أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون » / المائدة : ٥٠ / • فكانت هذه الشريعة متعددة المصادر، متنوعة المدارك، لاستنباط ما يصلح حياة الناس من الأحكام التي تحقق مقاصد الشريعة في الخلق كما أرادها الخالق جلت حكمته • ومن هنا كانت المرونة ، وكان الاتساع ، وكانت الملائمة لكل زمان ومكان وكل شأن وحال •

فلقد كانت هذه المرونة في كتاب الله تعالى المنزل على رسوله المصطفى ﷺ ، وهو أصل الأصول في هذه الشريعة ، والغاية التي تنتهي إليهـا أنظار المتبصرين ، ومدارك أهل الاجتهاد والاستنباط ، ليعرفوا حكم الله تعالى في كل حادثة ونازلة ، وهو المرجع الذي ليس وراءه غاية لمستزيد ، فقد فصل كل شيء وبينه أحسن تبيان : « ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء » /النحل : ٨٩/ • وأتى على الأول والآخر : فنظم شؤون الحياة وبين علاقة الفرد بربه ، وتناول أموره بتشريع الأحكام منذ كان جنينا في رحم أمه إلى أن يصير رفاتا في قبره ، ينظم له شؤون حياته ، فيضع الأسس السليمة وينير المسالك القويمة التي ترعى شخصه وتهذب نفسه ، وتحفظ له حياته وعقله ، وتصون ماله وعرضه ، وتحكم علاقته ببني نوعه ، بعد أن كفلت فيه الدين السليم والعقيدة الصافية ، وأيقظت فيه الضمير الحي ، وأدبته على مكارم الأخلاق ، ولقد تبارك الله تعالى القائل : « ما فرطنا في الكتاب من شيء » /الأنعام : ٣٨/ •

ثم كانت هذه المرونة في السنة المطهرة ، ذلك المعين الفياض الذي لا ينضب مدركا من مدارك الأحكام ، تعرفنا حكم الله سبحانه وتعالى في كل كبير وصغير • فرسول الله ﷺ هو المبلغ عن ربه : « يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك » /المائدة : ٦٧/ • وهو المبين مراد الله عز وجل فيما أنزل : « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم » /النحل : ٤٤/ • فالسنة المطهرة تأكيد لما بين في كتاب الله من أحكام ، وتفصيل لما أجمل ، وتقييد لما أطلق ، وتخصيص لما هو عام •

ورسول الله ﷺ هو المظهر العملي لشريعة الله تعالى ، فهو المكلف الأول : « وأنا أول المسلمين » /الأنعام : ١٦٣/ • وهو القدوة الصالحة : « لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة » /الأحزاب : ٢١/ • وهو الذي يتلقى الوحي من السماء : « وما ينطق عن الهوى • إن هو إلا وحي يوحى » / النجم : ٣ ـ ٤ / • وهو الذي أدبه ربه فأحسن تأديبه ، وهو الذي قذف الله النور في قلبه ، وأجرى الحق على لسانه وجعل طاعته من طاعته ومعصيته معصيته : « من يطع الرسول فقد أطاع الله ومن تولى فما أرسلناك عليهم حفيظا » /النساء : ٨٠/ •

لهذا كله كانت السنة المطهرة ــ في مجمل أحكامها وتشريعاتها ــ بمنزلة كتاب الله تعالى ، ما ثبت فيها ثابت بوحي من الله سبحانه وأمر منه وتكليف : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » / الحشر : ٧/ •

ولما كان الرسول عليه الصلاة والسلام بشرا يعيش على الأرض عيشة المكلفين من عباد الله ، وهو على صلة بأحوالهم وشؤونهم ــ والله أعلم بأحوالهم وشؤونهم ــ ويمارس أعمالهم ومصالحهم ، ويتبصر بما يوقعهم في الحرج وما يخرج بهم إلى السعة واليسر ، وهو أعرف الخلق بما يبلغ عن ربه ، وأخبرهم بمقاصد الشريعة التي أفاضها الله على روحه وقلبه ــ « ما كنت تدري ما الكتاب ولا الإيمان ولكن جعلناه نورا نهدي به من نشاء من عبادنا وإنك لتهدي إلى صراط مستقيم » / الشورى: ٥٢/ــ وهو الذي أولاه الله العناية ، وعصمه من الزيغ ووفقه إلى الحق ، وسدده إلى الصواب ، لما كان رسول الله ﷺ متصفا بهذه المعاني والصفات كان يشرع للناس من أحكام الله تعالى ما فيه خيرهم وصلاحهم ، وما فيه رعاية مصالحهم في دنياهم ، وفوزهم في أخراهم ، كل ذلك بما يتفق وروح القرآن ومنهجه ، وما يتفرع عن أصوله وقواعده ، مما ألقاه الله سبحانه وتعالى في رُوعه فبينه للناس ثم أقره عليه •

وبهذا كانت السنة ــ وهي مصدر عظيم من مصادر التشريع ، ودليل أساسي من أدلة أحكامه ــ جامعة مانعة ، عامة شاملة ، لا تفوتها شاردة ولا واردة إلا وقد أعطتها حكما شرعيا ، فيها بيان لما كان وما سيكون ، وفيها تنظيم عملي رائع لشؤون الحياة مستوحى عن الله خالق الحياة ومن يحيي ، ومرتبط بمالك الملك والملكوت الذي لا يعزب عنه مثقال ذرة في الأرض ولا في السماء • فقلما تحدث حادثة ، أو تنزل نازلة إلا ونجد في السنة المطهرة الحكم الشافي والبيان الوافي لها • وهكذا كانت المرونة والاتساع في شرع الله تعالى لعباده في كتابه المنزل ، وسنة نبيه المختار ، صلوات الله وسلامه عليه •

ومن بدهي القول أن وحي الله قد انقطع ، وأحاديث رسول الله ﷺ قد توقفت بقبض رسول الله ﷺ وانتقاله إلى الرفيق الأعلى ، ورغم أن كتاب الله تعالى لم يغادر صغيرة ولا كبيرة إلا أحصاها ، وأن السنة كانت المبينة والمفصلة والمتممة ،

فإن نصوصهما محصورة محدودة، والحوادث تتجدد وتتكرر ، والمحصور لا يحيط بغير المحصور نصا ولفظا ــ وإن كان يحيط به معنى وتقعيدا ــ ولذلك اقتضت حكمة الله تعالى زيادة توسعة على الأمة ، مَنّاً منه سبحانه وتفضلا ، ففتح لها بابا لاستخراج الأحكام لا يسد ، وفجر لنا ينبوعا لا ينضب ، بل لا يزال يمدنا بالأحكام الشرعية لما يتجدد من تصرفات فيها جلب مصالح العباد وخيرهم ، ودفع غوائل الشر والفساد عنهم ، وكان هذا الفضل من الله فيما أرشدت إليه نصوص القرآن ، ودلت عليه السنة المطهرة من إجماع أهل الحل والعقد ، وذوي الخبرة والفهم في دين الله ، عندما تقع واقعة أو تحدث حادثة ، يعوزهم أن يجدوا لها نصا صريحا في كتاب الله تعالى أو سنة نبيه ﷺ ، يدلهم على حكم الله تعالى فيهـا ، فيجتمعون يتلمسون المستند لها في شرع الله بتداول الرأي وتقليب وجهات النظر ، استرشادا بقـوله تعالى : « وأمرهم شورى بينهم » /الشورى : ٣٨/ . ثم يجمع رأيهم على حكم شرعي يصبح بعد الإجماع عليه حكم الله تعالى في هذه الحادثة لا يجوز لأحد أن يخالفه ، التزاما بقوله تعالى : « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا » /النساء : ١١٥/ .

والأمة لا تحتاج إلى حكم شرعي في الحادثة إلا إذا كانت ذات شأن في حياتها ، ولها صلة بأمور معاش الناس التي يريدونها مطية لمعادهم ، وعلماء الأمة المخلصون ــ الذين يلتزمون شرع الله ، ويريدون الصلاح للناس ــ لا يجمعون عـلى حكم شرعي ــ سلبا أو إيجابا ــ إلا إذا أيقنوا أن فيه تحقيق مقاصد الشرع من جلب النفع أو دفع الضر ، ورعاية مصالح العباد .

وهكذا نجد أن اعتبار هذه الشريعة إجماع المجتهدين من الأمة حجـة في استنباط الأحكام ، ومصدرا رئيسيا من مصادر التشريع ، قد أكسب هذه الشريعة مرونة واتساعا ، يلازمانها ما قامت السموات والأرض ، وما زال على الأرض أناس يتعاملون وعلماء مجتهدون يجتمعون ويجمعون ، وما زالت حوادث تتجدد ، ووقائع تتشعب ، فالإجماع يمدنا بأحكام شرعية مستمدة من شرع الله تعالى ــ تصلح للزمن وتتناسب مع المكان ــ في كل تصرف وشأن ، إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها .

على أن الأمر قد يكون فيه حرج وعسر ، لو كان لزاما على الأمة ــ في كل حادثة تجد ــ أو على كل قاض ومفت ــ تعرض له فتوى أو قضاء لا يجد لها نصا في كتاب الله تعالى ولا في سنة نبيه ﷺ ــ أن يجمع لذلك علماء الأمة ، أو يحصل على رأيهم فيها . ولو كان الأمر كذلك لارتبكت الأمة في شؤونها وفاتها الكثير من المنافع ، وربما سارت في تصرفاتها على غير هدى من كتاب الله وسنة نبيه ﷺ ، وكان أمرها فرطا[1] . ولذلك اقتضت حكمة الله تعالى أن تكون هذه الشريعة أكثر واقعية عما يتصور في كل تشريع لم يكن نابعا من فيض الله الحكيم ، فأرشدت إلى كل ما فيه صلاح ونهت عن كل ما من شأنه الفساد ، وكان مما أرشدت إليه ودلت عليه : أن يلجأ المجتهد المتبصر ــ في فتواه وقضائه ــ إلى كتاب الله تعالى وسنة نبيه ﷺ ، فإن لم يجد ضالته ، عمد إلى ما أجمع عليه من سبقه من العلماء المجتهدين والأئمة المتقين ، فإن لم يجد لم يقف مكتوف الأيدي حائرا تائها يترك النـاس في ضياع ، بل يعمل فكره ويشحذ ذهنه ويسبر أعماق النصوص والأحكام ليتعرف فيها على العلل والمناسبات ، فإذا تجلى له الأمر ألحق الحادثة التي بين يديه بأقربها شبها ، وأكثرها مناسبة مما نص على حكمه أو انعقد عليه الإجماع : « كتاب أنزلناه إليك مبارك ليدبروا آياته وليتذكر أولوا الألباب » /ص : ٢٩/ .

وهكذا كان القياس مصدرا رئيسيا وأصلا من أصول التشريع الإسلامي ، يستمد منه الفقيه أحكام الحوادث والوقائع ، استرشادا بقول الله تعالى : « فاعتبروا يا أولي الأبصار » / الحشر : ٢ / .

وإذا كان القياس مصدرا من مصادر التشريع ، فأجدر به من مصدر يضفي على هذا التشريع مرونة ما بعدها مرونـة ، ويكسبه صلاحية ــ لمختلف أطوار الحياة، وتقلب الحقب والأجيال، مع بعد القارات وتنائي الديار ــ لا تدانيها صلاحية، فما أكثر الأحكام المنصوص عليها والمجمع فيها ، والتي يتمكن المجتهد أن ينظر فيها

---

(١) ظلماً وتجاوزاً للحق .

ويلحق بها ويقيس عليها ، وليس من مغالاة القول : إنه ما من حادثة قائمة أو يمكن أن تحدث إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ــ ورغم ما نجده من كثرة الاختراع وتطور الحياة وتعقد المعاملات ــ إلا ويستطيع العلماء العاملون والفقهاء الموفقون : أن يجدوا حادثة منصوصا أو مجمعا على حكمها ، يمكنهم بأدنى جهد أن يقيسوها عليها ويلحقوها بها في الحكم ، ثم تأخذ حكما شرعيا ، وتكون من جزئيات التشريع الإسلامي بعد أن كانت خارجة عنه •

وهكذا نجد أن الشريعة الإسلامية بمصادرها الأربع هذه ــ والمتفق على اعتبارها ــ مستغنية عما سواها ، كفيلة بسد حاجات الزمن وتطورات العصر مما يحتاجه إلى تشريع وتقنين •

ولم يقف الأمر عند هذا الحد ، بل ازدادت هذه الشريعة مرونة واتساعا وتلاؤما بما اهتدى إليه الأئمة المجتهدون ــ بمجملهم ــ من المصادر التبعية ، التي كانت موضوع هذه الرسالة ، وقد رأينا مدرك كل إمام فيها ، وما أرشده إلى القول بكل منها أو عدمه • والمهم في هذه الخاتمة أن نشير إلى ما كان لاعتبار هذه الأدلة ــ على الإجمال ــ مصادر من مصادر التشريع الإسلامي من أثربين في إعطاء هذه الشريعة المرونة الكافية ، التي تجعلها أكثر صلاحية لكل زمان ومكان أكثر من ذي قبل ، إذ إنه من بدهي القول أن التشريع ــ أي تشريع ــ كلما كثرت مصادره وتعددت وتنوعت كلما كان أكثر مرونة واتساعا ، وبالتالي أكثر صلاحية للأجيال وبقاءا • لا سيما وأن هذا التعدد والتنوع إنما كان حفاظا على المقاصد الأساسية التي بنى التشريع أحكامه على صيانتها ، والإبقاء عليها سلبا وإيجابا ، لأن في هذه المقاصد صلاح المعاش والمعاد •

ولسنا بحاجة إلى إعادة تفصيل القول في هذه الأدلة ، للبرهان على ما أثمرته من مرونة واتساع ، فقد رأينا كيف أن القول بالاستحسان عدل من غلو القياس ــ على رأي القائلين به ــ وأمد التشريع الإسلامي بكثير من الأحكام الشرعية التي ربما وقف ظاهر القياس عائقا دونها، وأوقع الناس في حرج وضيق، فكان الاستحسان ذاك المخرج الحسن والمتسع المشروع •

وكذلك فعل الاستصلاح ، حيث أغنى الفقه الإسلامي بكثير من الأحكـام الشرعية ، لعديد من الحوادث التي فيها جلب منفعة أو دفع مفسدة ، لم يشهد لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء ، وإنما شهد لها ما فيها من الحكمة المترتبة عليها سلبـا أو إيجابا •

وأما القول بمذهب الصحابي ــ على ما عرف بيانه ــ فغني عن البيان ماله من أثر في مرونة التشريع ، واتساع في الأحكام الشرعية ، فالصحابة ذوو الاجتهاد والعلم ــ والذين يحتج بقولهم من يحتج ــ قد كثرت فتاواهم وتنوعت قضاياهم ، وهم الذين فتحوا الآفاق وانتشروا فيها ، وحدثت أيامهم الحوادث وتتالت الوقائع مما ليس فيه نص ــ وخاصة أنهم فتحوا بلدانا لها وقائعها وحوادثها مما يختلف عما ألفوه ــ فتعددت اجتهاداتهم وتنوعت مداركهم ، واختلفت قضاياهم حسبما فهموا من كتاب الله تعالى وسنة نبيه ﷺ ، وأصول الشريعة ومنهجها في تشريع الأحكام ، وهم الذين تربوا في مدرسة الوحي والنبوة ، وتخرجوا من دوحة القرآن والسنة ، وهكذا فقد أغنت اجتهاداتهم وفتاواهم وقضاياهم التقنين الإسلامي ، بحيث قلما نجد حادثة إلا ولأحدهم اجتهاد فيها أو في مثلها •

وأما العرف والقول به فناهيك به من مصدر خصب فياض ، يكسب التشريع تلاؤما مع كل بيئة وزمن ، ولا يترك التشريع جامدا غريبا ــ في كثير من أحكامه ــ عما يألفه الناس ويتعارفونه ، بل يجعلهم على صلة دائمة بمصادره الأصلية وينابيعه الأساسية ، مع المحافظة على رعاية مصالح الناس ورفع الحرج عن تصرفاتهم ، إذ إن الناس لا يتعارفون إلا ماهم في حاجة ماسة إليه ، وما هو أساسي في حياتهم •

وقل مثل هذا في الاستصحاب ، فالأصل في الناس براءة ذمتهم ، والأصل في الأشياء الإباحة ، فيبقى الناس في سعة وبحبوحة ، ما دام لم يقم دليل على التزام الفعل أو تركه ، فإذا قام الدليل على الفعل أو الترك كانت السعة والبحبوحة فيمـا قام عليه دليل الشرع • وفي هذا أيضا مرونة واتساع ملحوظان في التشريع •

ونستطيع أن نقول مثل هذا أو قريبا منه في كل دليل من بقية الأدلــة التي فصلناها في هذه الرسالة ، وقد رأينا شيئا من هذا عند بحث كل دليل وبيان أثره • والمهم أننا نرى في هذا التنوع والتعدد لمصادر التشريع مرونة واتساعا وتلاؤما ، حيث إن المجتهد الفقيه ــ مفتيا كان أو قاضيا أو حاكما ــ يسعه فيما إذا عرضت له قضية ــ كما يسع الأمة إذا حدثت حادثة ــ أن يستنبط الحكم الشرعي لها بناء على هذا الدليل أو ذاك ، طالما أنه دليل معتبر لدى إمام من الأئمة له ــ على اعتباره ــ حجته واستدلاله ، بغض النظر عن مخالفة غيره له أو موافقته فيه ، نظرا منه إلــى ما يتلاءم مع ظروف الأمة وحاجات الزمن ، وما يتطلبه جلب النفع للناس أو دفــع المفسدة عنهم ، رعاية لمصالحهم وتحقيقا لمقاصد الشارع فيهم •

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى نجد أن هذا التعدد للأدلة وهذا التنوع للمصادر تنج عنه كثرة كاثرة من الفروع الفقهية والمسائل الاجتهادية ، التي كان لها حكم شرعي بناء على اعتبار هذا الدليل أو ذاك ، وبرأي هذا الإمام أو غيره ، وهذا بلا شك مرونة واتساع من شأنه أن يجعل التشريع متلائما مع حاجات الزمن واختلاف الأحوال ، ولا غضاضة أن هذا القول متفق عليه أو مختلف فيه ، فإن التشريع إنما ينظر إليه بمجموع ما فيه من نظريات وآراء وأحكام ، وقواعد وأسس ، سواء ما كان منها محل وفاق أم محل اختلاف ، ولا ينظر إلى التشريع برأي إمام أو اجتهاد فقيه ، فمهما كان الحكم مختلفا فيه لا يخرج عن كونه حكما شرعيا من أحكام التشريع من حيث الجملة ، يسع الأمة ــ بعلمائها الأتقيــاء العارفين ــ أن تختار هذا القول أو ذاك حسبما يتلاءم مع الزمن وما يرجحه لديها من قرائن وأحوال، ولا حرج في ذلك ولا خروج عن طوق الشرع وحكمه ، إذ لم يقل أحد من الأئمة المجتهدين ، ولا من العلماء ذوي الفقه والفهم في الدين : إن الأمة بأجمعها ملزمة بمذهب إمام أو قول عالم أو رأي فقيه ، بل إن الأئمة أنفسهم رفضوا مثل هذا ولم يرضوه لأنفسهم ، فضلا عن أن يقولوا به • فهذا الإمام مالك رحمه الله تعالى يأتيه أبو جعفر المنصور يقول له : قد عزمت أن آمر بكتبك هذه التي وضعتها فتنسخ ،

ثم أبعث في كل مصر من أمصار المسلمين منها نسخة ، وآمرهم بأن يعملوا بما فيها ولا يتعدوه إلى غيره • فقال : يا أمير المؤمنين لا تفعل هذا ، فإن الناس قد سبقت إليهم أقاويل ، وسمعوا أحاديث ، ورددوا روايات ، وأخذ كل قوم بما سبق إليهم وأتوا به من اختلاف الناس ، فدع الناس وما اختار أهل كل بلد منهم لأنفسهم • وحكيت نسبة هذه القصة إلى هارون الرشيد ، وأنه شاور مالكا في أن يعلق الموطأ في الكعبة ويحمل الناس على ما فيه ، فقال : لا تفعل ، فإن أصحاب رسول الله ﷺ اختلفوا في الفروع ، وتفرقوا في البلدان ، وكل سنة مضت ، قال : وفقك الله يا أبا عبد الله[1] •

وحسبك هذا الكلام من إمام دار الهجرة شاهدا على ما قلناه ، وعلى مرونة هذا التشريع الذي فهمه أمثال مالك رحمه الله تعالى من الأئمة الأبرار والعلماء الأعلام •

وبعد ، فإن هذه المرونة وهذا الاتساع وهذه الصلاحية وهذا التلاؤم الذي امتازت به الشريعة الإسلامية لا يعني ــ في حال من الأحوال ــ أنها قابلة للتغيير والتبديل ، والتعديل والتطوير ــ كما يفهمه بعض من يدعي الإنصاف في نفسه لهذه الشريعة والحدب عليها ــ بحيث تخرج عن أصالتها ولا يبقى لها من الصلة بمصدرها الأساسي وهو كتاب الله المنزل إلا اسمها ورسمها ، فتغير نصوصها وتبدل ، وتفسر وتؤول بما يتلاءم مع تطور الزمن وما تعارف الناس فيه من مفاسد ، وما ألفوه من منكر ، وما اعتادوه من تصرفات هي مروق من الدين وخروج عنه ، فلا يمكن أن يقرها بحال •

كذلك لا تعني هذه المرونة أن تلفق الاستدلالات والتفسيرات والتبريرات لكل مادخل على الناس في تشريعاتهم وتقنيناتهم من باطل جاء الإسلام بإنكاره أصلا وفرعا، وما تمكن فيهم من جاهليات يتنزه شرع الله أن يسعها بأحكامه تقريرا واعتبارا بل ينبه إليها نفيا وإنكارا •

---

(١) الإنصاف في بيان سبب الاختلاف : ١٢ .

إن الصلاحية التي تتصف بها الشريعة الإسلامية هي صلاحية بالأصالة، ومرونتها مرونة ذاتية جوهرية، لأنها شريعة الله المحكمة ووحيه المنزل الذي تكفل ـ كما ذكرنا ـ بحفظه ورعايته، ولأن هذا التعدد والتنوع في الأدلة إنما كان ـ أيضا ـ ليحفظ هذه الشريعة بنقاوتها وصفائها، ويدفع عنها كل ما يشوب هذا الصفاء أو يشوه تلك النقاوة، ولذا كانت هذه المرونة ـ على اتساعها ـ منضبطة بضوابط وقواعد، بحيث تبقي على أصالة هذه الشريعة وذاتيتها وجوهرها، وحتى لا ينطلق العنان بكل باحث ومجتهد أن يشرع في دين الله مالم يأذن به الله تعالى.

ولهذا نجد أن لكل دليل من أدلة التشريع وكل مصدر من مصادر أحكامه قواعده وضوابطه، على أساسها تستنبط الأحكام، وبمراعاتها تستخرج المسائل والفروع، وتفهم المقاصد والغايات، وفي ضوئها تجلب المصالح والمنافع، وتدرأ المضار والمفاسد.

فنصوص الكتاب والسنة لها أصالتها وحصانتها، فلا مساغ للاجتهاد عند مورد النص، وما ثبت من حكم شرعي بنص صحيح وصريح فهو حكم ثابت وشرع محكم لا يتغير ولا يتبدل، ولا يجوز لأحد أن يخالفه مهما تغير الزمن وتبدلت الأحوال وادعي من المصلحة بمخالفته ما ادعي، لأن المصلحة ثابتة فيما شرع الله لعباده أو سنه رسول الله ﷺ لأمته، والمفسدة في مخالفة أمرهما.

وما لم ينص عليه صريحا في كتاب أو سنة فهنالك قواعد وضوابط ـ مستوحاة من الكتاب والسنة أنفسهما ـ على أساسها تفهم النصوص وتستخرج الأحكام.

ثم الاجتهاد ـ جماعيا كان أو فرديا ـ لا يكون أبدا إلا إذا فقد النص الصريح، وله أيضا قواعده وضوابطه: فلا بد في الإجماع من مستند شرعي يعتمد عليه، مع ما اشترطه العلماء من شروط وقيود استوحوها من الكتاب والسنة، ليصبح الإجماع حجة ويكون حكمه ملزما.

وللقياس ـ أيضا ـ أركانه وشروطه، وضوابطه وقيوده، وأسسه وقواعده حتى يكون معتبرا ومدركا من مدارك الأحكام.

وكذلك رأينا ــ عند بحث أبواب هذه الرسالة ــ كيف أن كل دليل من الأدلة التي بحثت كان له شروط وقيود حتى يكون حجة معتبرة لدى من يقول به ، فلا يخرج عن جوهر الشريعة وأصالتها ، فلا عبرة بكل ما يصادم نصا تشريعيا أو أصلا متفقا عليه من أصول الشريعة ، سواء كان المصادم مصلحة أم استحسانا أم عرفا أم غير ذلك ، وسواء كان ظاهره جلب منفعة أم دفع مفسدة ، لأن المصلحة فيه عندئذ تكون وهمية طالما أنه يصادم نصا شرعيا ثابتا ، أو أصلا من أصول التشريع .

وحسبنا دليلا على هذا أن القائلين بسد الذرائع إنما حملهم على القول به خوفهم من التلاعب على أحكام الشريعة ، أو الوصول إلى العبث فيها ، باتخاذ ما هو حلال من حيث الظاهر والأصل وسيلة إلى ما هو ممنوع ومحرم ، فقالوا بسد الذرائع احتياطا في شرع الله ، مع أن الأمر لا يعدو ــ في الغالب ــ قيام شبهة في القصد ، فما بالك إذا كان القصد صريحا ، والتحريم لما أحل والتحليل لما حرم مقصودا وجريئاً ؟ .. ويدعى أنه المصلحة وحاجة الزمن ؟ .. فلا شك أنه مرفوض ومردود ، والقول به فسوق ومروق ، يخرج به مستحله عن الإسلام ، ويخلع عنه ربقة الإيمان ، خاصة إذا كان معلوما من الدين بالضرورة ، كالقول بحل الربا ، أو استباحة الخمر ، أو خروج النساء كاسيات عاريات مائلات مميلات بحجة أن العرف قد جرى بهذا ، أو أن المصلحة تقتضي ذلك ، فالحق أنه لا مصلحة في مخالفة شرع الله ، وإنما هي المفسدة والأهواء والضلال ، تسيطر على النفوس المريضة كما سيطرت على أتباع الشرائع السابقة ، فضلوا وأضلوا ، وأضاعوا شرع الله تعالى ودينه المنزل عليهم ، واشتروا بآيات الله ثمنا قليلا ، فلعنهم الله على لسان داود وعيسى بن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون : « كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون » (١) .

---

(١) انظر الآيات : ٧٧ ــ ٨١ من سورة المائدة .

أما وأن هذه الشريعة خاتمة الشرائع فقد اقتضت حكمة الله تعالى أن يحفظها ويصونها ، فقيض لها ـ في كل حين وزمن ـ علماء مخلصين ومجتهدين عاملين وطائفة بالحق ظاهرين ، أنار قلوبهم لفهم دقائق هذه الشريعة وأسرارها ، فهم يمحصون ويدققون ، ويقعدون القواعد ويؤصلون الأصول ، ويدفعون عن شرع الله تعالى ويكافحون ، لتبقى شريعته صافية نقية ، مصونة كما أرادها : « وإنه لكتاب عزيز . لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد»/فصلت : ٤١ ، ٤٢/. هذه هي الحقيقة الخالدة أبد الآبدين ودهر الداهرين ، نسأل الله التوفيق والسداد ، والحمد لله رب العالمين .

★ ★ ★

المراجع

القرآن الكريم

التفسير :

١ ـ التفسير الكبير (الرازي) ـ الطبعة الأولى ـ التزام عبد الرحمن محمد

٢ ـ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ـ مطبعة دار الكتب المصرية ١٣٥٧ هـ .

٣ ـ جامع البيان (الطبري) ـ دار المعارف ـ تحقيق محمود وأحمد شاكر .

الحديث :

٥ ـ الجامع الصحيح (صحيح البخاري) ـ طبعة كتاب الشعب .

٦ ـ الجامع الصحيح ـ للترمذي[1] ـ نشر المكتبة السلفية في المدينة .

٧ ـ الجامع الصحيح ـ لمسلم ـ عيسى البابي الحلبي ـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

٨ ـ الجامع الصغير ـ للسيوطي مع فيض القدير ـ المكتبة التجارية ـ ١٣٥٦ هـ .

الجامع الصغير ـ للسيوطي بهامشه كنوز الحقائق ـ تحقيق عبد الحميد أحمد حنفي .

٩ ـ الجامع الكبير ـ للسيوطي ـ طبع مجمع البحوث الإسلامية ـ الطبعة الأولى

١٠ ـ سبل السلام ـ للصنعاني ـ المكتبة التجارية ـ ١٣٥٧ هـ .

١١ ـ سنن أبي داود[2] ـ مصطفى البابي الحلبي ـ الطبعة الأولى

---

(١) اعتمدت في تخريج بعض الأحاديث ، وخاصة في الأبواب الأولى على طبعة مصطفى البابي الحلبي بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

(٢) في الأبواب الأولى ربما رجعت إلى طبعة المكتبة التجارية بتحقيق محي الدين عبد الحميد .

١٢ ـ سنن ابن ماجه ـ عيسى البابي الحلبي ـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

١٣ ـ سنن البيهقي ـ السنن الكبرى ـ طبعة حيدر آباد .

١٤ ـ سنن الدارقطني ـ سلسلة مطبوعات كتب السنة النبوية ـ تصحيح عبد الله هاشم يماني ـ ١٣٨٦هـ

١٥ ـ سنن النسائي ـ المكتبة التجارية ـ وربما رجعت إلى طبعة مصطفى البابي الحلبي ـ طبعة أولى ـ ١٩٦٤ م .

١٦ ـ الزرقاني على الموطأ ـ مصطفى البابي الحلبي ـ ١٣٨١ هـ .

١٧ ـ الفتح الرباني ـ ترتيب مسند الإمام أحمد حسب الأبواب ـ للبنا .

١٨ ـ المستدرك ـ للحاكم ـ طبعة حيدر آباد ـ الهند .

١٩ ـ مسند الإمام احمد ـ دار المعارف ـ تحقيق أحمد شاكر .

٢٠ ـ موطأ الإمام مالك ـ طبعة عيسى البابي الحلبي ـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

٢١ ـ موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان ـ المطبعة السلفية ـ تحقيق محمد عبد الرزاق حمزة .

٢٢ ـ نصب الراية ـ للزيلعي ـ سلسلة مطبوعات المجلس العلمي ـ الطبعة الأولى ـ ١٣٥٧ هـ .

٢٣ ـ نيل الأوطار ـ للشوكاني ـ مصطفى البابي الحلبي ـ طبعة ثالثة ـ ١٩٦١ م .

أصول الفقه :

٢٤ ـ اثر الاختلاف في القواعد الأصولية ـ رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون الدكتور مصطفى سعيد الخن .

٢٥ ـ الإحكام في أصول الأحكام(١) للآمدي ـ طبع مصطفى البابي الحلبي ٤ أجزاء .

٢٦ ـ أصول البزدوي ـ على هامش كشف الأسرار ـ طبع الأستانة سنة ١٣٠٧ هـ .

٢٧ ـ اصول التشريع الإسلامي ـ علي حسب الله ـ طبعة ثالثة .

٢٨ ـ أصول الفقه ـ محمد ابو النور زهير .

٢٩ ـ الاعتصام للشاطبي ـ المكتبة التجارية .

(١) رجعت في بعض المواطن إلى نسخة طبع مطبعة المعارف سنة ٣٣٢ هـ .

٣٠ ـ إعلام الموقعين ـ لابن قيم الجوزية ـ تحقيق محي الدين عبد الحميد .
٣١ ـ الإنصاف في بيان سبب الاختلاف ـ احمد بن عبد الرحيم الفاروقي ـ نشر قصي محب الدين الخطيب .
٣٢ ـ الآيات البينات ـ حاشية ابن قاسم العبادي على شرح المحلي لجمع الجوامع ـ المطبعة الأميرية ببولاق ١٢٨٩ هـ .
٣٣ ـ البحر المحيط ـ للزركشي ـ مخطوط في مكتبة الجامع الأزهر تحت رقم (٢٠) اصول فقه .
٣٤ ـ البرهان ـ للجويني ـ مخطوط في مكتبة الجامع الأزهر تحت رقم (٩١٣) اصول فقه .
٣٥ ـ تأسيس النظر للدبوسي ـ نشر زكريا علي يوسف .
٣٦ ـ تخريج الفروع على الأصول ـ للزنجاني ـ تحقيق الدكتور أديب صالح ـ طبعة اولى .
٣٧ ـ حاشية البناني على المحلي على جمع الجوامع مع تقريرات عبد الرحمن الشربيني ـ طبعة عيسى البابي الحلبي .
٣٨ ـ حاشية السعد التفتازاني ـ على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ـ المطبعة الأميرية سنة ١٣١٦ هـ .
٣٩ ـ حاشية العطار على المحلي على جمع الجوامع ـ المطبعة العلمية سنة ١٣١٦ هـ .
٤٠ ـ حواشي المنار (الرهاوي ، عزمي زاده ، الجلبي) ـ مطبعة عثمانية سنة ١٣١٥ هـ .
٤١ ـ الرسالة للشافعي ـ تحقيق أحمد شاكر ـ ١٣٥٨ هـ .
٤٢ ـ روضة الناظر لابن قدامة المقدسي ـ المطبعة السلفية ـ ١٣٩١ هـ .
٤٣ ـ سد الذرائع ـ رسالة ماجستير من دار العلوم ـ محمد هشام سعيد البرهاني .
٤٤ ـ شرح تنقيح الفصول ـ القرافي ـ المطبعة الخيرية ـ ١٣٠٦ هـ .
٤٥ ـ شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ـ مع حاشية السعد ـ المطبعة الأميرية سنة ١٣١٦ هـ .
٤٦ ـ شرح المحلي على جمع الجوامع مع حاشية البناني ، ومع حاشية العبادي

٤٧ ـ شرح المنار لابن ملك ـ مع حواشي المنـار

٤٨ ـ صحة أصول مذهب أهل المدينة لابن تيمية ـ نشر زكريا علي يوسف .

٤٩ ـ ضوابط المصلحة ـ الدكتور سعيد رمضان البوطي ـ المكتبة الأموية في دمشق .

٥٠ ـ العرف والعادة ـ الدكتور أحمد فهمي ابو سنه ـ مطبعة الأزهر .

٥١ ـ فتح الغفار بشرح المنار ـ لابن نجيم ـ مصطفى البابي الحلبي ـ ١٣٥٥ هـ .

٥٢ ـ قواعد الأحكام ـ عز الدين بـن عبد السلام

٥٣ ـ كشف الأسرار ـ عبـد العزيز البخاري ، بهامشه أصول البزدوي ـ طبع الآستانة سنة ١٣٠٧ هـ .

٥٤ ـ المحصول ـ فخر الدين الرازي ـ مخطوط ، مكتبة الأزهر رقم (٢١٤٧) أصول الفقه .

٥٥ ـ مختصر ابن الحاجب ـ ضمن شرح العضد ـ مع حاشية العضد

٥٦ ـ المدخل الفقهي العام ـ مصطفى الزرقا ـ الطبعة التاسعة .

٥٧ ـ المستصفى ـ حجـة الإسلام ابـو حامد الغزالي ـ جزءان في مجلد .

٥٨ ـ مصادر التشريع الإسلامي فيمـا لا نص فيه ـ عبد الوهاب خلاف .

٥٩ ـ مناهج العقول ـ للبدخشي على منهاج البيضاوي ـ طبع محمد علي صبيح .

٦٠ ـ الموافقات للشاطبي ـ تحقيق عبد الله دراز .

٦١ ـ نشر العرف ـ رسالة في العرف لابن عابدين ـ تقع بما يقل عـن خمسين صفحة مـن القطع الصغير .

٦٢ ـ نهايـة السول ـ الأسنوي على منهاج البيضاوي ـ مع البدخشي ـ طبع محمد علي صبيح .

الفقه الحنبلي :

٦٣ ـ غاية المنتهى ـ طبع المكتب الإسلامي في دمشق .

٦٤ ـ المغني لابن قدامة ـ نشر المكتبة الأزهرية ـ تحقيق طـه محمد الزيني .

الفقه الحنفي :

٦٥ ـ بدائع الصنائع للكاساني ـ طبع زكريا علي يوسف .

٦٦ ـ تحفة الفقهاء ـ للسمرقندي ـ تحقيق زكي عبد البر ـ طبعة أولى .

٦٧ ـ رد المحتار (حاشية ابن عابدين) مع الدر المختار ـ مصطفى البابي الحلبي .

٦٨ ـ المبسوط للسرخسي ـ مطبعة السعادة سنة ١٣٢٤ هـ .

٦٩ ـ الهداية وشروحها (العناية على الهداية،سعدي جلبي على العناية) واصلها البداية ـ المطبعة الأميرية ببولاق ـ ١٣١٥ هـ .

الفقه الشافعي :

٧٠ ـ الأم للشافعي ـ طبعة كتاب الشعب .

٧١ ـ حاشية الشرقاوي مع شرح تحرير تنقيح اللباب ـ زكريا الأنصاري ـ نسخة في مجلدين .

٧٢ ـ المجموع للإمام النووي ـ نشر زكريا علي يوسف .

٧٣ ـ المنهاج للنووي مع مغني المحتاج للخطيب الشربيني ـ طبع مصطفى البابي الحلبي ـ ١٣٧٧ هـ .

الفقه المالكي :

٧٤ ـ بداية المجتهد ـ ابن رشد الأندلسي

٧٥ ـ تبصرة الحكام ـ لابن فرحون على هامش فتح العلي المالك ـ مصطفى البابي الحلبي ـ ١٣٧٨ هـ .

٧٦ ـ ترتيب المدارك لمعرفة أعيان مذهب الإمام مالك ـ القاضي عياض ـ مخطوط ـ مكتبة جامع الأزهر ـ تحت رقم (٤٧٧٣) تاريخ .

٧٧ ـ الشرح الكبير للدردير، مع حاشية الدسوقي لابن عرفة العدوي ، مع تقريرات الشيخ محمد عليش ـ طبع عيسى البابي الحلبي ، ومثلها طبعة محمد علي صبيح ، وأولاده ـ ١٩٣٤ م .

٧٨ ـ فتح العلي المالك ـ المشهور بفتاوى الشيخ عليش ، وبهامشه تبصرة الحكام لابن فرحون ـ مصطفى البابي الحلبي ـ ١٣٧٨ هـ .

التراجم العلمية :

٧٩ ـ ابن حنبل ـ الشيخ محمد أبو زهرة .

٨٠ ـ أبو حنيفة ـ الشيخ محمد أبو زهرة .

٨١ ـ أبو عبد الله البخاري وصحيحه ـ الشيخ عبد الغني عبد الخالق ـ سنة ١٣٧٦ هـ .

٨٢ ـ الشافعي ـ الشيخ محمد أبو زهرة .

٨٣ ـ مالك ـ الشيخ محمد أبو زهرة .

المراجع اللغوية :

٨٤ ـ لسان العرب

٨٥ ـ القاموس المحيط

٨٦ ـ المصباح المنير

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
المسألة الثانية : الكفالة بالنفس	٥٤٤
المسألة الثالثة : ضمان ما تفسده الدواب	٥٤٥
المسألة الرابعة : القسمة مهايأة	٥٤٧
المسألة الخامسة : جعل المنفعة مهرا	٥٤٩
المسألة السادسة : قتل الذكر بالأنثى	٥٥٣
المسألة السابعة : الأفضل في الأضحية	٥٥٦
المسألة الثامنة : نذر ذبح ولده أو نحره	٥٥٨
الباب الثامن : القول بسد الذرائع وأثره	**٥٦٣**
الفصل الأول : القول بسد الذرائع	**٥٦٥**
معنى سد الذرائع وتحرير محل النزاع	٥٦٦
المعنى العام للذريعة	٥٦٦
اقسام الذرائع بحسب المعنى العام	٥٦٨
المعنى الخاص للذريعة	٥٧٢
الاحتجاج بسد الذرائع	٥٧٣
موقف الشافعي من الذرائع	٥٧٥
شواهد من فقه الأئمة على العمل بسد الذرائع	٥٨٠
في الفقه المالكي	٥٨٠
في الفقه الحنبلي	٥٨٣
في فقه الحنفية	٥٨٦
في الفقه الشافعي	٥٨٩
عمدة القول بسد الذرائع	٥٩٢
الفصل الثاني : أثر القول بسد الذرائع	**٥٩٥**
المسألة الأولى : مات وعليه زكاة	٥٩٦
المسألة الثانية : اشتراك الجماعة في الصيد	٥٩٨
المسألة الثالثة : بيع الحيوان بالحيوان	٦٠٠
المسألة الرابعة : حكم السلم إذا تعذر تسليم المسلم فيه	٦٠٤

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

* * *

جدول الخطأ والصواب

رقم الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٤٠	١٢	العادات	العبادات
٤٧	١	استدلاتهم	استدلالاتهم
٤٧	الأخير	تدعوا	تدعو
٥٠	٧	املثة	أمثلة
٥٣	الحاشية	اعلام الموقعين	إعلام الموقعين
٦٣	٣من الأسفل	توفيه	توفية
٦٦	١٥	حق توفيه	حق توفية
٨٣	٩	قالوا بعد دخول	قالوا بعدم دخول
٨٥	١٠	فمين	فيمن
١١٤	٥	شيىء	شيء
١١٤	٧	الشيىء	الشيء
١١٥	٧	شيىء	شيء
١١٦	١٧	بداية المبتدىء	بداية المبتدي
١٤١	٢	نصدق	تصدق
١٦٥	١٧	ودن صاحبه	دون صاحبه
١٦٦	٣	الاسحسان	الاستحسان
١٧٥	٥	وذهب الشافعي	٢ ــ وذهب الشافعي
١٨٠	١٠	التصديق	التصدق
١٨٨	الحاشية	اعلام الموقعين	إعلام الموقعين
١٩١	١٩	يتقين	يتيقن

رقم الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٠٩	٣	العصر يؤدي	العصر يؤدى
٢١٦	١٢	الانكار	الإنكار
٢٢٧	الأخير من الأصل	العينيين	العينين
٢٢٨	١	العينيين	العينين
٢٢٩	الثالث من الأسفل	مهنما	منهما
٢٥٤	١١	قال : في الهداية	قال في الهداية
٢٦٦	١٨	إذ كان	إذا كان
٢٦٧	٢٠	اجمعوا	اجمعوا
٢٧٣	١٥	دل ذيلك	دل ذلك
٢٧٥	١٤	الكاليف	التكاليف
٢٧٦	١٠	الكليف	التكليف
٢٨٩	الحاشية	القبيطية	القبطية
٢٩٦	٣	ينقطع ثمرة	ينقطع ثمره
٢٩٦	١٧	تمييز	تميز
٢٩٧	٩	المثار	الثمار
٢٩٨	الحاشية	الجزار	الجزاز
٣٠٢	١٤	ورجع ابن عابدين	ورجح ابن عابدين
٣٠٣	٧	مام	مما
٣٠٣	١٥	فالممائلة	فالمماثلة
٣٠٧	١٣	المسسألة الثامنة	المسألة الثامنة
٣١٧	١٤	المثر	الثمر
٣١٨	١٥	بداية المبتدىء	بداية المبتدي
٣٢١	٥	أستفناء	استغناء

رقم الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٣٢٤	الأخير من الأصل	لم يقيد (١)	لم يقيد (٢)
٣٢٥	٢١	وإذ	وإذا
٣٣٨	٦	عليكه شهيداً »	عليكم شهيداً »
٣٣٨	١٣	أتي	أتى
٣٥٧	٧	د ـ قالوا	ح ـ قالوا
٣٦٨	١٥	مانعيه	مانعية
٣٨٨	١٣	قال في البداية	قال في بداية المبتدي
٣٩٠	الأخير من الأصل	ان لله	ان الله
٣٩٤	١٨	ـ ماروي عن	ح ـ ماروي عن
٣٩٦	الأول من الحاشية	الجذم	الجذام
٣٩٨	الأخير من الحاشية	سبل السلام ١٥٣/٣	سبل السلام ١٣٥/٣
٤١٦	١٨	وارسلوا عيهم	وأرسلوا عليهم
٤١٨	٧	أو ترتكتموها	أو تركتموها
٤٣٣	١٨	رصي الله	رضي الله
٤٣٥	١٣	ما ترجوا	ما ترجو
٤٣٦	١٤	كالظهر رابع	كالظهر اربع
٤٣٦	١٥	وكتحريم الخرم	وكتحريم الخمر
٤٤٦	الأخير	الوط	الوطء
٤٦٣	٩	رسول الله رسول الله	رسول الله
٤٦٣	١٣	« واقرأ باسم ربك »	و « اقرأ باسم ربك »
٤٧٢	٥٤٤ من الحاشية	غني	غنى
٤٩٣	١٢	لم يلف	لم يلق
٥٠٦	١٢	الثالثة	الطلقة الثالثة

رقم الصفحة	السطر	الخطـأ	الصواب
٥٠٨	٢١	بفعل ...	بفعل نفسه
٥٠٨	٢٢	هذا لحكم	هذا الحكم
٥٠٨	٢٣	انه يحل	انه لا يحل
٥٠٨	٢٤	لم تحرم .. به	لم تحرم فتحل به
٥٣٥	الثاني من الحاشية	جميع الجوامع	جمع الجوامع
٥٣٧	١٨—١٩	وفق رسول	وفق رسول رسول
٥٤٥	١٢	أن نأخد	ان نأخذ
٥٥٧	٣	المجتهد [٤١٦/١] .	المجتهد [٤١٦/١] :
٥٥٧	٤	فدي به	فدى به
٥٦٦	٣	شيىء	شيء
٥٦٦	٦	لشيىء	لشيء
٥٧٠	٩	وقد تقضي إلى	وقد تفضي إلى
٥٨٠	١٠	تؤدى	تؤدي
٥٨٧	٧	نهي الني	نهي النبي
٦٠٠	٢١	ان يشتري	أن يشترى
٦٠٧	١٢	ورر جح	ورجح
٦٠٩	١٩	هذه الصوره	هذه الصورة
٦١١	الأخير من الأصل	أو ضع وتعجل	أو : ضع وتعجل
٦٢٤	٤	رضي الله عنهما	رضي الله عنها
٦٣٨	٩	الزرقاني علي الموطأ	الزرقاني على الموطأ
٦٧٣	٤	ما كان محمداً أبا ...	ما كان محمدٌ أبا ...
٦٧٤	٩	واختلف	واختلفت
٦٩٤	٢٠	المسألة اللثنية عشرة	المسألة الثانية عشرة
٦٩٥	٢١	اختلف	اختلاف
٦٩٧	٩	٣٦٣	٢٦٣